CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 69.769/4
du 4 octobre 2021

sur

un projet d'arrêté royal 'concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 700 MHz'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 69.769/4
van 4 oktober 2021

over

een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz'

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Le 1er 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 de fréquences 700 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, Marianne DONY, assesseur, 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 frequentieband 700 MHz'.

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, Marianne DONY, assessor, 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.

*

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

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

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 entraine 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 »)'.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 l'avis n° 69.768/4)

– 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 le présent avis)

– 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/CE [5], 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)'.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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'efficience 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 efficiente du spectre radioélectrique.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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'efficience 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 dument 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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.

QUATRIÈME ENTRANT

1. La demande d'avis sollicite de la section de législation qu'elle examine, spécialement au regard de l'article 52 du Code, tant l'article 24 du projet que les articles 25 à 37 du projet d'arrêté royal « concernant l'accès radioélectrique dans les bandes de fréquences 900 MHz, 1800 MHz et 2 GHz » qui fait l'objet de l'avis n° 69.770/4 donné ce jour.

Les articles 24 de l'arrêté en projet, et 25 à 37 du projet d'arrêté royal n° 69.770/4 ont trait à la réservation d'un portefeuille de fréquences dans les bandes 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz et 2Ghz, au bénéficie d'un nouvel entrant potentiel sur le marché, qui serait autre que les trois « opérateurs existants », titulaires actuels des droits d'utilisation des bandes de fréquences 2G et 3 G.

2. S'agissant du mécanisme d'attribution des droits d'utilisation des bandes de fréquences ainsi concernées, le rapport au Roi relatif au projet d'arrêté royal sur lequel la section de législation a donné ce jour l'avis n° 69.770/4, mentionne ce qui suit :

« Les principaux objectifs recherchés par le présent arrêté sont les suivants :

– attribuer le spectre aux utilisateurs les plus efficaces ;

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

– encourager le déploiement de réseaux à haut débit sans fil et continuer à réduire la fracture numérique en Belgique ;

– veiller à ce que la totalité du spectre soit octroyée dans le cadre la procédure d'attribution (éviter qu'il reste du spectre non attribué) ;

– garantir une utilisation du spectre la plus efficace possible ;

– maximaliser la concurrence sur le marché belge des communications électroniques ;

– veiller à une recette équitable pour les autorités, étant donné qu'il s'agit ici d'un bien public précieux et rare ;

– attribuer le spectre sur la base d'une procédure objective, transparente, proportionnée et non-discriminatoire ;

– réduire la complexité et les coûts relatifs à l'exécution de la procédure d'attribution.

En Belgique, comme dans le reste de l'Europe, la grande majorité [des] attributions de nouveau spectre du 21ème siècle se sont faites via un mécanisme de mise aux enchères. La mise aux enchères possède en effet de nombreux avantages : transparent et simple, équitable, favorise la compétition et l'utilisation efficace du spectre.

La situation est totalement différente pour la réattribution des droits d'utilisation pour du spectre existant. De nombreux pays européens ont en effet opté pour une réattribution automatique des droits existants.

Les bandes de fréquences 900MHz, 1800MHz et 2 GHz sont utilisées intensément par les opérateurs mobiles publics afin de livrer un service aux consommateurs belges ainsi qu'aux opérateurs mobiles virtuels et revendeurs qui utilisent leurs infrastructures. Ces fréquences sont essentielles au bon fonctionnement des réseaux mobiles en Belgique et leur mise aux enchères pourrait s'avérer être particulièrement dommageable au secteur.

Une mise aux enchères comporte par définition une part importante de risques. Est-ce que les opérateurs pourront récupérer leurs avoirs en fréquences, en quelles quantités, à quelle position dans la bande de fréquences et à quel prix ? Ce sont autant de questions auxquelles les opérateurs n'auront pas de réponses, ce qui créera un climat général d'incertitude défavorable à l'investissement. Une mise aux enchères serait donc accueillie avec énormément d'appréhensions par les opérateurs existants et leurs actionnaires parce qu'elle serait perçue comme étant une remise en cause potentielle de leurs avoirs en fréquences et donc une remise en cause des investissements consentis jusqu'à alors.

Le marché des télécommunications mobiles requiert d'investir des sommes considérables qui ne produiront des résultats que sur le long terme. Ceci a pour conséquence que les opérateurs doivent pouvoir développer une vision stratégique cohérente et claire dans une perspective de planification des investissements sur le long terme. Les réseaux mobiles reposent sur une ressource essentielle et rare que sont les fréquences. Afin de pouvoir planifier au mieux les investissements dans les réseaux mobiles du futur, les opérateurs ont besoin de savoir qu'ils pourront continuer à disposer des fréquences qu'ils utilisent actuellement. Plus le cadre réglementaire fournira des réponses claires à ces questions, plus les opérateurs pourront aborder l'avenir avec confiance et justifier auprès de leurs actionnaires de grands plans d'investissements et garantir par ailleurs la pérennité des services offerts aux clients.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

À l'échelle européenne, la tendance des dernières années est plutôt à la réduction du nombre d'acteurs déployant eux-mêmes un réseau de télécommunications mobiles. On assiste en effet à un certain niveau de consolidation, qui fut encouragé il y a quelques années par la Commission européenne. En 2011, la tentative pour un nouvel entrant de prendre place dans le marché belge n'a pas abouti. Dans ce contexte, la probabilité de voir un nouvel entrant acquérir ces fréquences dans le but de les utiliser pour déployer un quatrième réseau mobile est faible.

Cependant, même en l'absence de nouvel entrant, une mise aux enchères devrait, en théorie, favoriser l'utilisation efficace du spectre. En effet les besoins en spectre peuvent être différents d'un opérateur à l'autre en fonction de la stratégie de déploiement, du nombre de client et du trafic généré par ces clients.

Les opérateurs mobiles existants sont tous défavorables à une mise aux enchères des bandes de fréquences 900 MHz, 1800 MHz et 2 GHz

Ni le mécanisme de mise aux enchères, ni la reconduction des droits d'utilisation existants ne permettent d'atteindre l'ensemble des objectifs cités plus haut.

Il faut noter que l'IBPT peut décider de combiner cette procédure d'attribution avec d'autres procédures d'attributions dont les conditions d'octroi sont fixées par d'autres arrêtés royaux ».

Le même rapport au Roi mentionne en outre, sous les articles 24 et 25 à 36 du projet d'arrêté royal sur lequel la section de législation a donné ce jour l'avis n° 69.770/4 :

« Deux objectifs sont recherchés :

– la quantité de spectre réservée aux opérateurs mobiles existants doit être suffisante pour assurer une continuité du service pour les consommateurs ;

– si un nouvel entrant est intéressé par ce spectre existant, celui-ci doit pouvoir obtenir autant de spectre que les opérateurs existants.

La quantité de spectre réservée aux opérateurs existants vise, dans la mesure du possible, à atteindre ces deux objectifs.

Les opérateurs mobiles existants disposent actuellement chacun d'entre 10,2 MHz duplex et 12,4 MHz duplex dans la bande 900 MHz. Ces opérateurs déploient à la fois un réseau 2G et un réseau 3G dans la bande 900 MHz. Afin de pouvoir continuer à déployer un réseau 3G, ces opérateurs doivent absolument garder au moins 5 MHz duplex dans la bande 900 MHz. Si ces opérateurs veulent en plus continuer à déployer un réseau 2G, ils doivent absolument garder au moins 10 MHz duplex dans la bande 900 MHz. En réservant 10 MHz duplex pour chaque opérateur mobile existant, il ne serait possible pour un nouvel entrant d'obtenir que 5 MHz duplex dans la bande 900 MHz.

Les opérateurs mobiles existants disposent actuellement chacun de 25 MHz duplex dans la bande 1800 MHz. Ces opérateurs déploient à la fois un réseau 2G et un réseau 4G dans la bande 1800 MHz. Pour leur réseau 4G, ces opérateurs utilisent des canaux LTE de 20 MHz. Afin de pouvoir continuer à déployer un réseau 4G équivalent au réseau actuel, ces opérateurs doivent absolument garder au moins 20 MHz duplex dans la bande 1800 MHz. En réservant 20 MHz duplex pour chaque opérateur mobile existant, il ne serait possible pour un nouvel entrant d'obtenir que 15 MHz duplex dans la bande 1800 MHz.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Les opérateurs mobiles existants disposent actuellement chacun de 14,8 ou 15 MHz duplex dans la bande 2 GHz. Ces opérateurs déploient un réseau 3G dans la bande 2 GHz. L'évolution DC-HSPA+ de la norme UMTS est déployée dans la bande 2 GHz. Afin de pouvoir continuer à déployer un réseau 3G équivalent au réseau actuel, ces opérateurs doivent absolument garder au moins 10 MHz duplex dans la bande 2 GHz. Il faut noter que même en réservant 10 MHz duplex pour chaque opérateur mobile existant, il est possible pour un nouvel entrant d'obtenir autant de spectre dans la bande 2 GHz que les opérateurs mobiles existants.

Les opérateurs mobiles existants qui se voient octroyer automatiquement des blocs de fréquences conformément aux dispositions des articles 21 et 22 doivent payer une redevance unique conformément à l'article 30, § 1er/1 (correspondant au prix de réserve). Pour l'application des dispositions des articles 54, 55, 57 et 60, § 1er, ils sont considérés détenir l'offre régulière la plus élevée pour tous ces blocs de fréquences.

[…]

Afin d'attirer un nouvel entrant sur le marché et de créer les conditions pour une concurrence efficace et durable, y compris garantir la présence pérenne du nouvel entrant sur le marché à long terme, un nouvel entrant sur le marché devrait pouvoir obtenir un portefeuille de fréquences se rapprochant de celui des opérateurs établis.

Il est extrêmement peu probable qu'un nouvel entrant sur le marché soit capable de surenchérir sur les opérateurs établis afin d'obtenir obtenir un portefeuille de fréquences se rapprochant de celui des opérateurs établis. Un nouvel entrant sur le marché doit donc recevoir explicitement la possibilité d'acquérir un tel portefeuille de fréquences.

Il existe des précédents pertinents dans les pays voisins, notamment au Royaume-Uni et aux Pays-Bas concernant les procédures d'attribution de spectre dans la bande 800 MHz, où la préférence du nouvel entrant a été appliquée avec succès. Au Royaume-Uni, cela a permis à Hutchison 3G d'acquérir son premier spectre en-dessous de 1 GHz, améliorant ainsi sa position concurrentielle à long terme sur un marché à quatre opérateurs. Aux Pays-Bas, cela a permis de passer d'un marché à trois opérateurs à un marché à quatre opérateurs, avec Tele2 devenant le quatrième opérateur de réseau mobile. Il existe des précédents similaires fructueux à Chypre et en Slovénie.

Pour ce qui est des bandes 900 MHz, 1800 MHz et 2GHz, le portefeuille de fréquences réservé à un nouvel entrant sur le marché est identique au portefeuille de fréquences réservé aux trois opérateurs mobiles existants (voir articles 21 à 24).

Les opérateurs mobiles existants détiennent chacun 10 MHz duplex dans la bande 800 MHz. Vu qu'il n'est plus possible pour un nouvel entrant sur le marché d'obtenir du spectre dans la bande 800 MHz, le portefeuille de fréquences réservé à un nouvel entrant sur le marché doit également comprendre du spectre dans la bande 700 MHz afin que le nouvel entrant puisse également disposer du spectre 4G en bande basse.

Les conditions d'obtention et d'utilisation des droits d'utilisation attribués aux opérateurs mobiles dans la bande 700 MHz sont définies dans l'arrêté royal du [DATE] concernant l'accès radioélectrique dans la bande 700 MHz. Le portefeuille de fréquences réservé à un nouvel entrant sur le marché ne pourra donc comprendre du spectre dans la bande 700 MHz que si ce spectre n'a pas encore été attribué dans le cadre d'une procédure organisée en vertu de l'arrêté royal du [DATE] concernant l'accès radioélectrique dans la bande 700 MHz.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Une première mise aux enchères réservée aux nouveaux entrants sur le marché est organisée afin d'octroyer le portefeuille de fréquences composé de spectre dans les bandes 700 MHz [6], 900 MHz, 1800 MHz et 2 GHz ».

3. L'article 52 du Code dispose pour sa part comme suit :

« 1. Les autorités de régulation nationales et les autres autorités compétentes favorisent une concurrence effective et évitent les distorsions de concurrence sur le marché intérieur lorsqu'elles décident d'octroyer, de modifier ou de renouveler des droits d'utilisation du spectre radioélectrique pour les réseaux et les services de communications électroniques conformément à la présente directive.

2. Lorsque les États membres octroient, modifient ou renouvellent des droits d'utilisation du spectre radioélectrique, leurs autorités de régulation nationales ou d'autres autorités compétentes peuvent, sur les conseils de l'autorité de régulation nationale, prendre des mesures appropriées, telles que :

a) limiter la quantité de bandes du spectre radioélectrique pour lesquelles des droits d'utilisation sont octroyés à une entreprise donnée ou, dans des circonstances justifiées, assortir ces droits d'utilisation de conditions, telles que la fourniture d'accès de gros ou l'itinérance nationale ou régionale, dans certaines bandes de fréquences ou certains groupes de bandes présentant des caractéristiques similaires ;

b) réserver, s'il y a lieu et si cela est justifié compte tenu d'une situation spécifique sur le marché national, une certaine portion de bande du spectre radioélectrique ou un certain groupe de bandes en vue d'une assignation à de nouveaux entrants ;

c) refuser l'octroi de nouveaux droits d'utilisation du spectre radioélectrique ou l'autorisation de nouvelles utilisations du spectre radioélectrique dans certaines bandes, ou assortir l'octroi de nouveaux droits d'utilisation du spectre radioélectrique ou l'autorisation de nouvelles utilisations du spectre radioélectrique de conditions, afin d'éviter des distorsions de concurrence dues à une attribution, une cession ou une accumulation de droits d'utilisation ;

d) inclure des conditions interdisant les cessions de droits d'utilisation du spectre radioélectrique non soumises au contrôle des fusions au niveau de l'Union ou au niveau national ou assortir ces cessions de conditions, lorsque ces cessions sont susceptibles de nuire de manière significative à la concurrence ;

e) modifier les droits existants conformément à la présente directive, lorsque cela est nécessaire pour remédier ex post à une distorsion de concurrence due à une cession ou à une accumulation de droits d'utilisation du spectre radioélectrique.

[6] L'article 24 du projet à l'examen prévoit en effet :
« Le cas échéant, le candidat détenant l'offre régulière la plus élevée pour le lot unique visé à l'article 25 de l'arrêté royal du [DATE] concernant l'accès radioélectrique dans les bandes 900 MHz, 1800 MHz et 2 GHz, est considéré être le candidat détenant l'offre régulière la plus élevée pour le bloc de fréquences visés à l'article 25, alinéa 1er, 4° du même arrêté. L'Institut en informe l'ensemble des candidats jugés recevables ».

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Les autorités de régulation nationales et les autres autorités compétentes, tenant compte des conditions de marché et des indicateurs de référence disponibles, fondent leurs décisions sur une évaluation prospective objective des conditions de concurrence sur le marché, de la nécessité ou non de ces mesures pour maintenir ou assurer une concurrence effective, et des effets probables de ce type de mesures sur les investissements existants et futurs réalisés par les acteurs du marché, notamment pour le déploiement de réseaux. Ce faisant, elles tiennent compte de l'approche en matière d'analyse de marché énoncée à l'article 67, paragraphe 2.

3. Lorsqu'elles appliquent le paragraphe 2 du présent article, les autorités de régulation nationales et les autres autorités compétentes agissent conformément aux procédures prévues aux articles 18, 19, 23 et 35 ».

4.1. Force est de constater que cet article 52 permet notamment aux États membres, sur les conseils de l'autorité de régulation nationale, de « réserver, s'il y a lieu et si cela est justifié compte tenu d'une situation spécifique sur le marché national, une certaine portion de bande du spectre radioélectrique ou un certain groupe de bandes en vue d'une assignation à de nouveaux entrants ».

Le système de réservation prévu par les auteurs du projet au bénéfice d'un quatrième entrant potentiel est donc envisagé et autorisé par le droit européen.

Il convient toutefois de relever que, pour mettre en place un tel système, les autorités compétentes doivent :

– favoriser une concurrence effective et éviter les distorsions de concurrence sur le marché intérieur ;

– tenir compte des conditions de marché et des indicateurs de référence disponibles ;

– fonder leurs décisions sur une évaluation prospective objective des conditions de concurrence sur le marché, de la nécessité ou non de ces mesures pour maintenir ou assurer une concurrence effective, et des effets probables de ce type de mesures sur les investissements existants et futurs réalisés par les acteurs du marché, notamment pour le déploiement de réseaux, et, dans ce cadre, tenir compte de l'approche en matière d'analyse de marché énoncée à l'article 67, paragraphe 2, du Code.

Comme déjà mentionné, 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'a pas vocation à apprécier, dans toutes leurs mesures et nuances, si les conditions ainsi imposées par le droit européen en l'espèce, sont ici rencontrées.

En revanche, il lui appartient d'examiner si les auteurs du projet eux-mêmes ont pris en compte les éléments précités, et s'ils ont procédé aux analyses requises. Or, le dossier communiqué à la section de législation ne permet pas d'établir que tel est le cas.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Par conséquent, les auteurs du projet doivent être en mesure d'établir qu'ils ont procédé à l'examen qu'impose l'article 52 du Code, dans chacun de ses aspects. Le rapport au Roi sera complété en conséquence.

4.2. De même, les auteurs du projet doivent être en mesure d'établir qu'ils ont respecté les procédures mentionnées à l'article 52, paragraphe 3, du Code. En l'espèce, sont plus spécialement concernées les procédures prévues par les articles 23 et 35 du Code [7].

Il ressort des informations communiquées par la déléguée de la Ministre que la consultation prévue à l'article 23 a été réalisée entre le 16 juillet et le 31 aout 2021.

Quant à l'article 35 du Code, il dispose comme suit :

« 1. Lorsque l'autorité de régulation nationale ou une autre autorité compétente entend lancer une procédure de sélection conformément à l'article 55, paragraphe 2, en ce qui concerne le spectre radioélectrique pour lequel des conditions harmonisées ont été établies par des mesures techniques d'application conformément à la décision n° 676/2002/CE afin de permettre son utilisation pour les réseaux et services à haut débit sans fil, elle informe le RSPG, en vertu de l'article 23, de tout projet de mesure qui relève de la procédure de sélection comparative ou concurrentielle en vertu de l'article 55, paragraphe 2, et indique si elle demande au RSPG de convoquer un forum d'évaluation par les pairs et à quel moment.

Lorsqu'il lui en est fait la demande, le RSPG organise un forum d'évaluation par les pairs dans le but d'examiner les projets de mesures transmis et de procéder à des échanges de vues sur ces projets et il facilite l'échange d'expériences et de bonnes pratiques sur ces projets.

Le forum d'évaluation par les pairs est composé des membres du RSPG et est organisé et présidé par un représentant du RSPG.

2. Au plus tard lors de la consultation publique menée en vertu de l'article 23, le RSPG peut, à titre exceptionnel, prendre l'initiative de convoquer un forum d'évaluation par les pairs, conformément aux règles de procédure applicables à l'organisation de ce forum, afin d'échanger des expériences et des bonnes pratiques sur un projet de mesure relatif à une procédure de sélection, lorsqu'il estime que ce projet de mesure porterait sensiblement atteinte à la capacité de l'autorité de régulation nationale ou d'une autre autorité compétente d'atteindre les objectifs énoncés aux articles 3, 45, 46 et 47.

3. Le RSPG définit à l'avance et rend publics les critères objectifs à remplir pour pouvoir convoquer à titre exceptionnel le forum d'évaluation par les pairs.

4. Lors du forum d'évaluation par les pairs, l'autorité de régulation nationale ou une autre autorité compétente fournit une explication sur la manière dont le projet de mesure :

a) promeut le développement du marché intérieur, la fourniture transfrontière de services et la concurrence, optimise les avantages pour le consommateur, et atteint généralement les objectifs énoncés aux articles 3, 45, 46 et 47 de la présente directive ainsi que dans les décisions n° 676/2002/CE et n° 243/2012/UE ;

b) garantit une utilisation efficace et efficiente du spectre radioélectrique ; et

[7] Les articles 18 et 19 du Code relatifs respectivement à la modification des droits et obligations ainsi qu'à la restriction et au retrait des droits, ne sont en effet pas pertinents en l'espèce.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

c) garantit aux utilisateurs existants et potentiels du spectre radioélectrique des conditions d'investissement stables et prévisibles lors du déploiement de réseaux pour la fourniture de services de communications électroniques qui dépendent du spectre radioélectrique.

5. Le forum d'évaluation par les pairs est ouvert à la participation volontaire d'experts d'autres autorités compétentes et de l'ORECE.

6. Le forum d'évaluation par les pairs n'est convoqué qu'une seule fois durant l'ensemble du processus de préparation et de consultation au niveau national relatif à une procédure de sélection unique concernant une ou plusieurs bandes du spectre radioélectrique, à moins que l'autorité de régulation nationale ou une autre autorité compétente ne demande qu'il soit de nouveau convoqué.

7. Sur demande de l'autorité de régulation nationale ou d'une autre autorité compétente ayant sollicité la réunion, le RSPG peut adopter un rapport sur la manière dont le projet de mesure permet d'atteindre les objectifs prévus au paragraphe 4, lequel rapport tient compte des échanges de vues intervenus dans le cadre du forum d'évaluation par les pairs.

8. Le RSPG publie en février de chaque année un rapport concernant les projets de mesures examinés en application des paragraphes 1 et 2. Ce rapport indique les expériences et les bonnes pratiques observées.

9. À la suite de la réunion du forum d'évaluation par les pairs, sur demande de l'autorité de régulation nationale ou d'une autre autorité compétente ayant sollicité la réunion, le RSPG peut adopter un avis sur le projet de mesure ».

Interrogée sur l'accomplissement du processus d'évaluation par les pairs requis par cet article 35, la déléguée de la Ministre a communiqué à la section de législation copie d'un courrier émanant de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après « l'IBPT »), daté du 26 juillet 2021.

Par ce courrier, l'IBPT a informé le groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique (en abrégé « RSPG ») conformément au paragraphe 1 de l'article 35 reproduit ci-avant. Ce courrier mentionne expressément qu'il n'est pas demandé que les projets fassent l'objet d'un forum d'évaluation par les pairs. Selon la déléguée de la Ministre, le RSPG n'a communiqué aucune réaction dans le délai prévu au paragraphe 2 du même article.

La formalité requise a donc été accomplie.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. À l'alinéa 1er, 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Au même alinéa, il y a lieu de mentionner également la modification apportée à l'article 18, § 1er, 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 5, il convient de mentionner les avis donnés par l'IBPT, sur le texte en projet, le 7 janvier et le 12 mai 2021.

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

L'alinéa 7 sera complété aux fins de mentionner cette date et de viser non pas la « consultation » mais « l'accord » du Comité.

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

Le préambule mentionnera également cette consultation. Il sera complété par un alinéa mentionnant cette formalité.

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 en vue 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 7

L'article 7 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Plus spécialement, l'article 18, § 1er, 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, § 1er, de la loi du 13 juin 2005 par une disposition nouvelle dont l'alinéa 3 est similaire à l'alinéa 1er de l'article 18, § 1er, en vigueur.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

À la différence de celui-ci, la disposition en projet, appelée à former l'article 18, § 1er, 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 » [8].

Cet objet constitue une innovation par rapport à l'article 18, § 1er, 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 7.

Article 8

1. L'article 8 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, §§ 1er et 2, de la loi du 13 juin 2005, qui confère au Roi une large habilitation en la matière.

[8] 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 [9].

2° L'article 30 de la loi du 13 juin 2005, ainsi que la disposition à l'examen, mettent en en œuvre la possibilité conférée aux États membres par l'article 42 [10] 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 garantissant une assignation et une utilisation efficientes 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 ».

[9] Sur la notion de redevance, voir notamment l'avis n° 37.844/3 donné le 1er février 2005 sur un projet devenu l'arrêté royal du 10 aout 2005 'modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 1993 fixant le montant des rétributions visées à l'article 13*bis* 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.

[10] Anciennement : l'article 13 de la directive 2002/20/CE.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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, § 1er, 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 efficientes 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 ;

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

– 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 [11], spécialement dans l'intérêt des destinataires de la norme. Par ailleurs, cette justification devra avoir égard à la circonstance que l'article 30, § 1er/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 [12].

Article 11

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

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

[12] 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

La disposition gagnerait à être plus précise sur ce point [13].

Article 12

Le paragraphe 5, alinéa 3, prévoit :

« Les méthodes pratiques et les procédures exactes sont fixées par l'Institut. »

La section de législation n'aperçoit pas sur quoi porte exactement l'habilitation conférée ainsi à l'IBPT.

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 [14].

La même observation vaut pour l'article 13, § 8.

Article 13

1. Compte tenu de la formulation de l'ensemble de la disposition à l'examen, la section de législation n'aperçoit pas en quoi l'obligation imposée aux opérateurs concernés pourra consister en une « obligation de moyen ».

Le rapport au Roi ne propose aucune explication sur ce point.

2. Au regard du principe d'égalité entre les opérateurs, les auteurs du projet doivent être en mesure de justifier les régimes dérogatoires prévus par le paragraphe 3. Le commentaire de l'article dans le rapport au Roi ne comporte aucune justification à ce propos.

[13] 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 n° 53.397/4.

[14] Voir l'avis n° 69.166/4.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

3. Si la justification du régime particulier prévu par le paragraphe 7 de l'article 13 pour les opérateurs qui ne sont pas des opérateurs mobiles existants, apparait évidente au regard du principe d'égalité, il convient toutefois que les auteurs du projet soient en mesure de justifier la durée du délai qui leur est octroyé, à savoir neuf ans. Le commentaire de l'article dans le rapport au Roi ne comporte pas de justification à ce propos.

4. La disposition à l'examen sera réexaminée à la lumière des observations qui précèdent et le rapport au Roi sera complété en conséquence.

Article 14

L'article 14 trouve son fondement juridique dans l'article 51, § 2, de la loi du 13 juin 2005.

Compte tenu des exigences en termes d'habilitation au Roi qui résultent de cette disposition législative, le paragraphe 9, alinéa 3, ne peut se borner à prévoir que « [d]ans certains cas, l'Institut peut déterminer qu'un autre mode de calcul est plus indiqué, tel qu'un tarif par utilisation ».

La disposition à l'examen sera revue afin de préciser quelles sont les hypothèses dans lesquelles il peut être fait appel à un autre mode de calcul.

Par ailleurs, le paragraphe 9, alinéas 6 et 7, sera revu afin de préciser les circonstances, hypothèses ou cas dans lesquels d'une part, l'IBPT pourra opter pour une « autre méthode de calcul » (alinéa 6), et celles dans lesquelles il pourra « inclure certains coûts fixes » dans un contrat d'itinérance nationale (alinéa 7) [15].

Article 15

1. Le commentaire de l'article qui figure dans le rapport au Roi mentionne notamment, à propos de l'article 15 :

> « À des fins de transmission de voix, SMS et données, tous les opérateurs 700 MHz doivent fournir l'itinérance nationale PPDR dans un délai de deux ans après la réception de la demande en ce sens d'ASTRID et, sauf convention contraire à ce sujet avec ASTRID, soutenir au minimum les mécanismes et services 3GPP standardisés pour les Mission Critical Services (MCPTT, MCData, MCVideo) et pour la priorité et la préemption énumérés dans l'article et les mettre à la disposition des utilisateurs d'ASTRID.

[15] En un sens similaire, voir les observations formulées dans l'avis n° 53.397/4, sous l'article 12.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Pour veiller à ce que les exigences particulières en matière de couverture radio, robustesse, sécurité, disponibilité et éventuellement d'autres éléments nécessaires aux radiocommunications pour la protection et la sécurité du public, la protection civile et les secours en cas de catastrophe soient remplies, ASTRID peut conclure un accord avec un ou plusieurs opérateurs mobiles publics en matière d'implémentation des mesures spécifiques PPDR ».

Dans ce cadre, la disposition à l'examen doit être mise en rapport avec l'article 51, § 2, de la loi du 13 juin 2005, qui dispose comme suit :

« Sans préjudice des mesures prévues à l'article 55, § 3, l'Institut peut toujours et de sa propre initiative imposer aux opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals les obligations nécessaires y compris l'itinérance nationale pour garantir la connectivité de bout en bout ou l'interopérabilité des services. L'Institut ne peut imposer l'itinérance nationale comme mesure qu'après avoir constaté que les négociations commerciales à cet égard entre les opérateurs n'aboutissent pas à un accord dans un délai raisonnable. Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de l'Institut, les modalités selon lesquelles l'Institut peut imposer l'itinérance nationale, notamment en ce qui concerne :

– les délais dont l'Institut dispose à cet effet ;

– les opérateurs qui ont l'obligation d'offrir l'itinérance nationale et ceux qui ont le droit de la recevoir ;

– le déploiement minimum d'un réseau propre par l'opérateur qui a droit à l'itinérance nationale ;

– les services couverts par le contrat d'itinérance nationale ;

– l'étendue géographique du contrat d'itinérance nationale ;

– la durée du contrat d'itinérance nationale ;

– les circonstances qui peuvent mettre fin à tout ou partie du contrat d'itinérance nationale.

L'Institut peut à cet effet imposer les obligations qu'il estime nécessaires concernant l'accès à fournir, ce qui implique dans les cas le justifiant également l'obligation d'assurer l'interconnexion de leurs réseaux là où elle n'est pas encore réalisée ou de garantir que les personnes visées à l'article 115, ainsi que les administrations publiques, les services de police et les institutions internationales soient ou restent accessibles ».

2. S'agissant des obligations relatives à l'itinérance nationale PPDR (« Public Protection & Disaster Relief ») qui sont imposées par la disposition en projet à tous les opérateurs 700 MHz, la disposition à l'examen parait trouver un fondement juridique dans l'article 51, § 2, de la loi du 13 juin 2005.

Par contre, il est plus douteux que cette même disposition légale puisse procurer un fondement juridique suffisant aux exigences particulières en matière de couverture radio, robustesse, sécurité et disponibilité et d'autres éléments, envisagées par la disposition à l'examen.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Si le commentaire de l'article fait état de l'article 106, § 4, de la loi du 13 juin 2005 [16], – force est de constater que cette disposition peut difficilement être considérée comme procurant un fondement juridique au système mis en place par l'article 15 du projet. L'article 106, § 4, prévoit en effet que c'est au Roi qu'il revient de charger le cas échéant un ou plusieurs opérateurs de missions visant à satisfaire l'intérêt général. Or, tel n'est pas le cas dans le système en projet où des obligations sont imposées à l'initiative de la SA ASTRID, dans le cadre de conventions à conclure avec un ou plusieurs opérateurs, et moyennant l'intervention éventuelle de l'IBPT.

À défaut pour les auteurs du projet d'être en mesure d'établir le fondement juridique précis de ces exigences particulières et spécialement, d'expliquer comment l'article 51, § 2, peut fonder celles-ci, la disposition en projet sera revue aux fins d'exclure ces dernières.

Article 33

La section de législation n'aperçoit pas quelle est la portée de l'habilitation conférée à l'IBPT par le paragraphe 8 de l'article 30.

Pour le surplus, cette habilitation appelle une observation similaire à celle formulée sous l'article 12.

Article 49

Dans la version française les mots « la ministre » seront remplacés par les mots « Le ministre », le mot « ministre » étant épicène [17].

*

[16] Lequel n'est toutefois pas mentionné au préambule.

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

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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/EG[3] en 2002/22/EG[4] 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)'.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 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 advies 69.768/4 heeft uitgebracht);

– ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz' (waarover de afdeling Wetgeving vandaag dit advies 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 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)'.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 ontlenen 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.

VIERDE OPERATOR

1. In de adviesaanvraag wordt de afdeling Wetgeving verzocht om, meer bepaald in het licht van artikel 52 van het Wetboek, zowel artikel 24 van het ontwerp te onderzoeken als de artikelen 25 tot 37 van het ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz' waarover vandaag advies 69.770/4 is uitgebracht.

Artikel 24 van het ontworpen besluit en de artikelen 25 tot 27 van het ontwerp van koninklijk besluit 69.770/4 hebben betrekking op de reservatie van een portfolio van frequenties in de banden van 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz ten behoeve van een mogelijke nieuwkomer op de markt. Daarbij zou het gaan om een andere operator dan de drie "bestaande operatoren" die thans houder zijn van de gebruiksrechten van de frequentiebanden 2G en 3G.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

2. Wat betreft het mechanisme voor de toewijzing van de gebruiksrechten van de aldus bedoelde frequentiebanden wordt in het verslag aan de Koning betreffende het ontwerp van koninklijk besluit waarover de afdeling Wetgeving vandaag advies 69.770 heeft uitgebracht het volgende gesteld:

"De voornaamste doelstellingen nagestreefd door dit besluit zijn de volgende:

– het spectrum toewijzen aan de meest efficiënte gebruikers;

– de ontwikkeling van draadloze breedbandnetwerken aanmoedigen en de digitale kloof in België verder dichten;

– erop toezien dat het hele spectrum wordt toegewezen in het kader van de gunningsprocedure (vermijden dat er niet-toegewezen spectrum overblijft);

– een zo efficiënt mogelijk gebruik van het spectrum waarborgen;

– de concurrentie op de Belgische elektronische-communicatiemarkt maximaliseren;

– toezien op eerlijke inkomsten voor de overheden, aangezien het een kostbaar en schaars openbaar goed betreft;

– spectrum toewijzen op basis van een objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende procedure;

– de complexiteit en de kosten in verband met de toewijzingsprocedure beperken.

In België, net als in de rest van Europa, werd het leeuwendeel van nieuw spectrum van de 21e eeuw toegewezen via veilingmechanismen. De veiling heeft immers tal van voordelen: transparant en eenvoudig, eerlijk, bevordert de concurrentie en het efficiënte gebruik van het spectrum.

De situatie is helemaal anders voor de nieuwe toewijzing van de gebruiksrechten voor bestaand spectrum. Tal van Europese landen hebben immers gekozen voor een automatische nieuwe toewijzing van de bestaande rechten.

De 900 MHz-, 1800 MHz- en 2 GHz-frequentiebanden worden intensief gebruikt door de openbare mobiele operatoren om een dienst te verstrekken aan de Belgische consument alsook aan de virtuele mobiele operatoren en doorverkopers die hun infrastructuur gebruiken. Deze frequenties zijn essentieel voor de goede werking van de mobiele netwerken in België en deze veilen zou wel eens erg schadelijk kunnen blijken voor de sector.

Een veiling houdt per definitie een groot deel aan risico's in. Zullen de operatoren hun bezittingen in verband met frequenties kunnen recupereren, op welke positie in de frequentieband en tegen welke prijs? Dat zijn vragen waar de operatoren geen antwoorden op zullen hebben, wat een algemeen klimaat van onzekerheid zal creëren dat ongunstig is voor investeringen. Een veiling zou dus op enorm veel beduchtheid worden onthaald door de bestaande operatoren en hun aandeelhouders omdat ze zou worden gezien als een mogelijke bedreiging voor hun bezittingen in termen van frequenties en dus voor hun investeringen die ze tot dan toe hebben gedaan.

De mobiele-telecommunicatiemarkt vergt grote investeringsbedragen die pas op lange termijn resultaten kunnen boeken. Dit heeft tot gevolg dat de operatoren een coherente en duidelijke strategische visie moeten kunnen ontwikkelen op basis van de langetermijnplanning voor investeringen. De mobiele netwerken berusten op het essentiële en schaarse middel dat de frequenties vormen. Om de investeringen in de mobiele netwerken van de toekomst zo goed mogelijk te kunnen plannen, dienen de

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

operatoren te weten dat ze zullen kunnen blijven beschikken over de frequenties die ze vandaag gebruiken. Hoe meer duidelijke antwoorden het reglementaire kader verschaft op deze vragen, hoe meer de operatoren hun toekomst zullen kunnen uitstippelen met vertrouwen, tegenover hun aandeelhouders grote investeringsplannen zullen kunnen rechtvaardigen en overigens de duurzaamheid zullen kunnen garanderen van de diensten die ze aan hun klanten bieden.

Op Europese schaal bestaat de tendens er de laatste jaren eerder in om het aantal spelers die zelf een mobiele-telecommunicatienetwerk ontplooien, te beperken. We zijn inderdaad getuige van een zeker consolidatieniveau dat enkele jaren geleden werd aangemoedigd door de Europese Commissie. In 2011 mislukte de poging van een nieuwkomer om vaste voet te krijgen op de Belgische markt. In deze context is de kans klein dat we een nieuwkomer deze frequenties zien verwerven om ze te gebruiken om een vierde mobiel netwerk te ontplooien.

Toch zou een veiling, ook indien er geen nieuwkomers zijn, in theorie het efficiënte gebruik van spectrum moeten bevorderen. De spectrumbehoeften kunnen inderdaad verschillen van de ene operator tot de andere afhankelijk van de ontplooiingsstrategie, van het aantal klanten en van het verkeer dat deze klanten genereren.

De bestaande mobiele operatoren staan allemaal negatief tegenover een veiling van de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz.

Noch het veilingmechanisme, noch de verlenging van de bestaande gebruiksrechten maken het mogelijk om samen de voormelde doelstellingen te bereiken.

Het gekozen mechanisme is een hybride mechanisme waarmee, ten minste deels, de voordelen van een veiling kunnen worden gecombineerd met deze van een verlenging.

Er dient te worden opgemerkt dat het BIPT kan beslissen om deze toewijzingsprocedure te combineren met andere procedures voor toewijzing waarvan de toekenningsvoorwaarden zijn vastgelegd in andere koninklijke besluiten."

Datzelfde verslag aan de Koning vermeldt voorts met betrekking tot de artikelen 24 en 25 tot 36 van het koninklijk besluit waarover de afdeling Wetgeving vandaag advies 69.770 heeft uitgebracht, het volgende :

"Er worden twee doelstellingen nagestreefd:

– de spectrumkwantiteit voorbehouden aan de bestaande mobiele operatoren moet voldoende zijn om een continuïteit van de dienstverlening te garanderen voor de consumenten;

– indien een nieuwkomer geïnteresseerd is in dit bestaande spectrum moet deze evenveel spectrum kunnen verwerven als de bestaande operatoren.

De spectrumhoeveelheid die is voorbehouden aan de bestaande operatoren beoogt, in de mate van het mogelijke, deze twee doelstellingen te vervullen.

De bestaande mobiele operatoren beschikken momenteel elk over 10,2MHz duplex en 12,4 MHz duplex in de 900 MHz-band. Deze operatoren rollen tegelijk een 2G-netwerk en een 3G-netwerk uit in de 900 MHz-band. Om een 3G-netwerk te kunnen blijven uitbaten, moeten deze operatoren absoluut ten minste 5 MHz duplex behouden in de 900 MHz-band. Indien deze operatoren bovendien een 2G-netwerk willen blijven uitbaten, moeten ze absoluut ten minste 10 MHz duplex behouden in de 900 MHz-band. Door 10 MHz duplex te reserveren voor elke bestaande mobiele operator, zou een nieuwkomer slechts 5 MHz duplex kunnen verwerven in de 900 MHz-band.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

De bestaande mobiele operatoren beschikken momenteel elk over 25 MHz duplex in de 1800 MHz-band. Deze operatoren rollen tegelijk een 2G-netwerk en een 4G-netwerk uit in de 1800 MHz-band. Voor hun 4G-netwerk gebruiken deze operatoren LTE-kanalen van 20 MHz. Om een 4G-netwerk te kunnen blijven uitbaten dat gelijkwaardig is aan het huidige netwerk, moeten deze operatoren absoluut ten minste 20 MHz duplex behouden in de 1800 MHz-band. Door 20 MHz duplex te reserveren voor elke bestaande mobiele operator, zou een nieuwkomer slechts 15 MHz duplex kunnen verwerven in de 1800 MHz-band.

De bestaande mobiele operatoren beschikken momenteel elk over 14,8 of 15 MHz duplex in de 2 GHz-band. Deze operatoren rollen een 3G-netwerk uit in de 2 GHz-band. De evolutie DC-HSPA+ van de UMTS-norm wordt uitgerold in de 2 GHz-band. Om een 3G-netwerk te kunnen blijven uitbaten dat gelijkwaardig is aan het huidige netwerk, moeten deze operatoren absoluut ten minste 10 MHz duplex behouden in de 2 GHz-band. Er dient te worden opgemerkt dat zelfs wanneer 10 MHz duplex wordt gereserveerd voor elke bestaande mobiele operator, het mogelijk is dat een nieuwkomer evenveel spectrum verwerft in de 2 GHz-band als de bestaande mobiele operatoren.

De bestaande mobiele operatoren die automatisch frequentieblokken krijgen toegewezen krachtens de bepalingen van artikelen 21 en 22 moeten een enige heffing betalen conform artikel 30, § 1/1 (die overeenstemt met de reserveprijs). Voor de toepassing van de bepalingen van de artikelen 54, 55, 57 en 60, § 1, worden ze geacht het hoogste regelmatige bod te hebben voor deze frequentieblokken.

(…)

Om een nieuwkomer op de markt aan te trekken en de voorwaarden te scheppen voor een efficiënte en duurzame concurrentie, en om tevens de blijvende aanwezigheid van de nieuwkomer op de markt op lange termijn te garanderen, zou een nieuwkomer op de markt een portfolio van frequenties moeten kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert.

De kans is uiterst klein dat een nieuwkomer op de markt in staat is om een hoger bod te doen dan de gevestigde operatoren om een portfolio van frequenties te verkrijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert. Een nieuwkomer op de markt moet dus uitdrukkelijk de mogelijkheid krijgen om een dergelijke portfolio van frequenties te verwerven.

In de buurlanden, met name het Verenigd Koninkrijk en Nederland, zijn er relevante precedenten met betrekking tot de procedures voor spectrumtoewijzing in de 800 MHz-band waarbij het voorrecht van de nieuwkomer met succes is toegepast. In het Verenigd Koninkrijk heeft Hutchison 3G op die manier zijn eerste spectrum onder 1 GHz kunnen verwerven, waardoor zijn concurrentiepositie op lange termijn is verbeterd op een markt met vier operatoren. In Nederland kon daardoor de overstap worden gemaakt van een markt met drie operatoren naar een markt met vier operatoren, waarbij Tele2 de vierde mobiel-netwerkoperator werd. Soortgelijke succesvolle precedenten vindt men in Cyprus en Slovenië.

Wat betreft de 900 MHz-, de 1800 MHz- en de 2 GHz-band is de portfolio van frequenties die voorbehouden is aan een nieuwkomer op de markt identiek aan de portfolio van frequenties die voorbehouden is aan de drie bestaande mobiele operatoren (zie de artikelen 21 tot 24).

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

De bestaande mobiele operatoren beschikken elk over 10 MHz duplex in de 800 MHz-band. Aangezien het voor een nieuwkomer op de markt niet meer mogelijk is om in de 800 MHz-band spectrum te verkrijgen, moet de portfolio van frequenties die voorbehouden wordt aan een nieuwkomer op de markt ook spectrum bevatten in de 700 MHz-band opdat de nieuwkomer ook in de lage band over 4G-spectrum kan beschikken.

De voorwaarden voor het verkrijgen en het gebruik van de gebruiksrechten die worden toegewezen aan de mobiele operatoren in de 700 MHz-band worden gedefinieerd in het koninklijk besluit van [DATUM] betreffende radiotoegang in de 700 MHz-band. De portfolio van frequenties die voorbehouden wordt aan een nieuwkomer op de markt zal dus maar spectrum in de 700 MHz-band kunnen bevatten als dat spectrum nog niet is toegewezen in het kader van een procedure die wordt georganiseerd krachtens het koninklijk besluit van [DATUM] betreffende radiotoegang in de 700 MHz-band.

Er wordt een eerste veiling die voorbehouden is voor de nieuwkomers op de markt georganiseerd om de portfolio van frequenties samengesteld uit spectrum in de banden van 700 MHz,[6] 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz toe te wijzen."

3. Artikel 52 van het Wetboek zelf luidt als volgt:

"1. De nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties bevorderen daadwerkelijke mededinging en voorkomen verstoringen van de mededinging op de interne markt wanneer zij overeenkomstig deze richtlijn besluiten nemen inzake de verlening, aanpassing of verlenging van gebruiksrechten voor radiospectrum voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten.

2. Wanneer de lidstaten gebruiksrechten voor radiospectrum verlenen, aanpassen of verlengen, kunnen hun nationale regelgevende instanties of andere bevoegde instanties op advies van de nationale regelgevende instantie passende maatregelen nemen, zoals:

– het beperken van de hoeveelheid radiospectrumbanden waarvoor gebruiksrechten aan ondernemingen worden verleend, of, in gerechtvaardigde omstandigheden, het verbinden van voorwaarden aan dergelijke gebruiksrechten, zoals het aanbieden van wholesaletoegang, nationale of regionale roaming, in bepaalde banden of in bepaalde groepen van banden met soortgelijke kenmerken;

– het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers, als dit passend en gerechtvaardigd is gezien een specifieke situatie op de nationale markt;

– het weigeren van de verlening van nieuwe gebruiksrechten voor radiospectrum of van toestemming voor nieuw radiospectrumgebruik in bepaalde banden, dan wel het verbinden van voorwaarden aan de verlening van gebruiksrechten voor radiospectrum of de machtiging voor nieuw radiospectrumgebruik, teneinde concurrentieverstoring ten gevolge van de verlening, overdracht of concentratie van gebruiksrechten te voorkomen;

[6] Artikel 24 van het ontwerp luidt immers als volgt:
"In voorkomend geval wordt de kandidaat die het hoogste regelmatige bod bezit voor het enige perceel dat bedoeld is in artikel 25 van het koninklijk besluit van [DATUM] betreffende radiotoegang in de banden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz, geacht de kandidaat te zijn die het hoogste regelmatige bod bezit voor het frequentieblok bedoeld in artikel 25, eerste lid, 4°,van hetzelfde besluit. Het Instituut brengt er het geheel van de ontvankelijk bevonden kandidaten van op de hoogte".

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

– het opnemen van voorwaarden voor het verbieden van, of het opleggen van voorwaarden aan, de overdracht van gebruiksrechten voor radiospectrum die niet onder het toezicht inzake fusies van de Unie of de lidstaten vallen, indien het waarschijnlijk is dat door een dergelijke overdracht de mededinging aanzienlijk in het gedrang komt;

– het wijzigen van de bestaande rechten in overeenstemming met deze richtlijn, daar waar dat noodzakelijk is om ex post een einde te maken aan de concurrentieverstoring ten gevolge van de overdracht of concentratie van gebruiksrechten voor radiospectrum.

Rekening houdend met de marktomstandigheden en beschikbare benchmarks baseren de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties hun besluiten op een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken. Zij houden daarbij rekening met de marktanalyseaanpak van artikel 67, lid 2.

3. Bij de toepassing van lid 2 van dit artikel gaan de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties te werk overeenkomstig de procedures van de artikelen 18, 19, 23 en 35."

4.1. Vastgesteld moet worden dat dit artikel 52 de lidstaten met name de mogelijkheid biedt om, op advies van de nationale regelgevende instantie, "een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers [te reserveren], als dit passend en gerechtvaardigd is gezien een specifieke situatie op de nationale markt".

Het reserveringssysteem ten behoeve van een mogelijke nieuwe, vierde operator waarin door de stellers van het ontwerp voorzien wordt, wordt dus door het Europees recht in het vooruitzicht gesteld en toegestaan.

Er dient evenwel opgemerkt te worden dat voor de invoering van zulk een systeem de bevoegde instanties erop moeten toezien dat ze:

– daadwerkelijke mededinging bevorderen en verstoringen van de mededinging op de interne markt voorkomen;

– rekening houden met de marktomstandigheden en de beschikbare benchmarks,

– hun beslissingen baseren op een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken, waarbij ze rekening moeten houden met de marktanalyseaanpak van artikel 67, lid 2, van het Wetboek.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Zoals reeds eerder werd gesteld, heeft de afdeling Wetgeving niet te beoordelen of *in casu* aan de aldus bij het Europees recht opgelegde voorwaarden is voldaan in al hun aspecten en nuances, in zoverre ze geen specifieke kennis heeft van de feitelijke situaties waarop het ontwerpbesluit betrekking heeft en geen specifieke expertise heeft betreffende de wetenschappelijke, technische en economische aspecten waarmee rekening moet worden gehouden.

Zij hoort daarentegen wel na te gaan of de stellers van het ontwerp zelf rekening gehouden hebben met de voornoemde elementen en of zij de vereiste analyses hebben uitgevoerd. Uit het dossier dat aan de afdeling Wetgeving is bezorgd, kan evenwel niet worden afgeleid dat dit het geval is.

Bijgevolg moeten de stellers van het ontwerp kunnen aantonen dat ze het onderzoek opgelegd bij artikel 52 van het Wetboek in al zijn aspecten hebben gevoerd. Het verslag aan de Koning moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

4.2. De stellers van het ontwerp moeten evenzo kunnen aantonen dat ze de procedures bedoeld in artikel 52, lid 3, van het Wetboek, in acht genomen hebben. *In casu* gaat het meer in het bijzonder om de procedures bepaald in de artikelen 23 en 35 van het Wetboek.[7]

Uit de inlichtingen van de gemachtigde van de minister blijkt dat de raadpleging waarvan sprake in artikel 23 tussen 16 juli en 31 augustus 2021 is gehouden.

Artikel 35 van het Wetboek, zijnerzijds, luidt als volgt:

> "1. Indien de nationale regelgevende instantie of andere bevoegde instantie voornemens is om overeenkomstig artikel 55, lid 2, een selectieprocedure te volgen in verband met radiospectrum waarvoor geharmoniseerde voorwaarden zijn vastgesteld door middel van technische uitvoeringsmaatregelen overeenkomstig Beschikking nr. 676/2002/EG om het gebruik ervan voor draadlozebreedbandnetwerken en -diensten mogelijk te maken, stelt zij op grond van artikel 23 de Beleidsgroep Radiospectrum in kennis van eventuele ontwerpmaatregelen die onder het toepassingsgebied van de vergelijkende of op mededinging gebaseerde selectieprocedure op grond van artikel 55, lid 2, vallen en geeft zij aan of en wanneer zij de Beleidsgroep Radiospectrum zal verzoeken een peerreviewforum bijeen te roepen.
>
> Op verzoek organiseert de Beleidsgroep Radiospectrum een peerreviewforum om te debatteren en van gedachten te wisselen over de toegezonden ontwerpmaatregelen en faciliteert zij de uitwisseling van ervaringen en beste praktijken in verband met die ontwerpmaatregelen.
>
> Het peerreviewforum bestaat uit de leden van de Beleidsgroep Radiospectrum en wordt door een vertegenwoordiger ervan georganiseerd en voorgezeten.

[7] De artikelen 18 en 19 van het Wetboek, die respectievelijk betrekking hebben op de wijziging van de rechten en verplichtingen en op de beperking of intrekking van rechten, doen *in casu* immers niet ter zake.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

2. Uiterlijk tijdens de openbare raadpleging op grond van artikel 23 kan de Beleidsgroep Radiospectrum bij wijze van uitzondering het initiatief nemen om volgens de toepasselijke organisatieregels een peerreviewforum bijeen te roepen om ervaringen en beste praktijken met betrekking tot een ontwerpmaatregel betreffende een selectieprocedure uit te wisselen indien de ontwerpmaatregel naar haar oordeel aanzienlijk afbreuk zou doen aan het vermogen van de nationale regelgevende instantie of een andere bevoegde instantie om de in de artikelen 3, 45, 46 en 47 vervatte doelstellingen te verwezenlijken.

3. De Beleidsgroep Radiospectrum omschrijft van tevoren de objectieve criteria voor het bij wijze van uitzondering bijeenroepen van het peerreviewforum en maakt deze bekend.

4. Tijdens het peerreviewforum legt de nationale regelgevende instantie of een andere bevoegde instantie uit hoe de ontwerpmaatregel:

a) de ontwikkeling van de interne markt, de grensoverschrijdende verlening van diensten en de mededinging bevordert en tevens de voordelen voor de consumenten maximaliseert, en in het algemeen de in de artikelen 3, 45, 46 en 47 van deze richtlijn, alsmede in Beschikking nr. 676/2002/EG en Besluit nr. 243/2012/EU vervatte doelstellingen verwezenlijkt;

b) een doeltreffend en doelmatig gebruik van radiospectrum waarborgt; en

c) stabiele en voorspelbare investeringsvoorwaarden voor bestaande en toekomstige radiospectrumgebruikers garandeert bij de uitrol van netwerken voor de verrichting van elektronischecommunicatiediensten die afhankelijk zijn van radiospectrum.

5. Het peerreviewforum staat open voor vrijwillige deelname door deskundigen van andere bevoegde instanties en van Berec.

6. Het peerreviewforum wordt tijdens de algemene nationale voorbereiding en raadpleging in verband met één selectieprocedure voor een of meer radiospectrumbanden slechts eenmaal bijeengeroepen, tenzij de nationale regelgevende instantie of de andere bevoegde instantie verlangt dat het opnieuw wordt bijeengeroepen.

7. Op verzoek van de nationale regelgevende instantie of een andere bevoegde instantie die om de bijeenkomst heeft verzocht, kan de Beleidsgroep Radiospectrum een verslag aannemen waarin wordt uiteengezet hoe de ontwerpmaatregel de in lid 4 vermelde doelstellingen verwezenlijkt, en waarin de gedachtewisseling in het peerreviewforum wordt weergegeven.

8. De Beleidsgroep Radiospectrum brengt elk jaar in februari verslag uit over de op grond van de leden 1 en 2 besproken ontwerpmaatregelen. Het verslag maakt melding van de vastgestelde ervaringen en beste praktijken.

9. Na afloop van het peerreviewforum kan de Beleidsgroep Radiospectrum op verzoek van de nationale regelgevende of een andere bevoegde instantie die om de bijeenkomst heeft verzocht, een advies over de ontwerpmaatregel aannemen."

Naar aanleiding van een vraag over het doorlopen van de peerreviewprocedure die bij dat artikel 35 verplicht gesteld wordt, heeft de gemachtigde van de minister aan de afdeling Wetgeving een kopie bezorgd van een brief d.d. 26 juli 2021 van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna "het BIPT").

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Bij die brief heeft het BIPT de Beleidsgroep Radiospectrum ingelicht overeenkomstig lid 1 van dat artikel 35 dat hierboven weergegeven is. In die brief wordt uitdrukkelijk vermeld dat niet verzocht wordt om met betrekking tot die ontwerpen een peerreviewforum bijeen te roepen. Volgens de gemachtigde van de minister heeft de Beleidsgroep Radiospectrum daarop binnen de termijn bepaald in lid 2 van datzelfde artikel geen enkele reactie gegeven.

Het verplichte vormvereiste is dus vervuld.

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 vijfde lid dienen de adviezen te worden vermeld die het BIPT op 7 januari en 12 mei 2021 over de ontworpen tekst heeft gegeven.

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

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

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

Die raadpleging moet ook vermeld worden in de aanhef. De aanhef moet aangevuld worden met een lid waarin dat vormvereiste wordt vermeld.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 7

Luidens artikel 7 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."

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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."[8]

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.

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 7 zou kunnen berusten.

Artikel 8

1. Artikel 8 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.

[8] 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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, dient er nogmaals op gewezen te worden dat, zoals de afdeling Wetgeving reeds heeft opgemerkt, de Franse term "redevance" (in het Nederlands "retributie") wordt gedefinieerd 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 fiscaal van aard.[9]

2° Bij artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 alsook bij de voorliggende bepaling wordt de mogelijkheid die bij artikel 42[10] van het Wetboek aan de lidstaten wordt gegeven, ten uitvoer gelegd.

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 elektronischecommunicatienetwerken 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.

[9] 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 13*bis* 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 certificatiediensten', *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.

[10] Voorheen: artikel 13 van richtlijn 2002/20/EG.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 van het Wetboek 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".

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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,[11] 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.

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.

[11] 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.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

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 ontwerptekst uitwerkt, in overeenstemming is met de vereisten van artikel 42 van het Wetboek.[12]

Artikel 11

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.[13]

Artikel 12

Paragraaf 5, derde lid, luidt als volgt:

"De praktische methoden en de precieze procedures voor de metingen worden vastgelegd door het Instituut."

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarop de machtiging die aldus aan het BIPT verleend wordt juist betrekking heeft.

[12] 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.

[13] 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 frequentieban 2500-2690 MHz', http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/47981.pdf, alsook advies 53.397/4.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Dienaangaande wordt in herinnering gebracht dat aan het BIPT, dat een onafhankelijke administratieve overheid is, in principe geen verordeningsbevoegdheid 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 verordeningsmaatregelen 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 verordeningsbevoegdheid niet veronderstelt dat een echte beoordelingsbevoegdheid wordt uitgeoefend die opportuniteitskeuzes impliceert, bijvoorbeeld wanneer de betrokken regelgeving al volledig of bijna volledig in het Europese recht is vastgelegd.[14]

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 13, § 8.

Artikel 13

Gelet op de wijze waarop de voorliggende bepaling in haar geheel is geformuleerd, is het de afdeling Wetgeving niet duidelijk in welk opzicht de verplichting die aan de betrokken operatoren wordt opgelegd een "resultaatsverbintenis" kan zijn.

In het verslag aan de Koning wordt daarover geen uitleg gegeven.

De stellers van het ontwerp moeten een gegronde reden kunnen opgeven voor de uitzonderingen waarin paragraaf 3 voorziet, in het licht van het beginsel dat alle operatoren gelijk zijn. De bespreking van het artikel in het verslag aan de Koning bevat op dit punt geen verantwoording.

De verantwoording die gegeven wordt voor de bijzondere regeling waarin paragraaf 7 van artikel 13 voorziet voor de operatoren die geen bestaande mobiele operatoren zijn, lijkt weliswaar vanzelfsprekend in het licht van het gelijkheidsbeginsel, maar de stellers van het ontwerp moeten in staat zijn een gegronde reden op te geven voor de duur van de termijn die hun wordt toegekend, namelijk negen jaar. De bespreking van het artikel in het verslag aan de Koning bevat op dit punt geen verantwoording.

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

[14] Zie advies 69.166/4.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Artikel 14

Artikel 14 vindt rechtsgrond in artikel 51, § 2, van de wet van 13 juni 2005.

Gelet op de vereisten inzake het verlenen van een machtiging aan de Koning die uit die wetsbepaling voortvloeien, mag in paragraaf 9, derde lid, van voorliggend artikel niet louter bepaald worden dat "[het Instituut i]n specifieke gevallen kan (…) bepalen dat een andere berekeningswijze, zoals een tarief per gebruik, meer aangewezen is".

De voorliggende bepaling moet aldus herzien worden dat verduidelijkt wordt in welke gevallen een andere berekeningswijze gehanteerd mag worden.

Daarnaast moet paragraaf 9, zesde en zevende lid, van het voorliggende artikel aldus herzien worden dat verduidelijkt wordt in welke omstandigheden, gevallen of situaties het BIPT voor een "andere berekeningsmethode" (zesde lid) kan kiezen en "bepaalde vaste kosten" in een overeenkomst van nationale roaming kan "[op]nemen" (zevende lid). [15]

Artikel 15

1. In het verslag aan de Koning staat in de bespreking van artikel 15 onder meer het volgende te lezen:

> "Ten behoeve van spraak-, sms- en dataverkeer moeten alle 700 MHz-operatoren binnen de twee jaar na het verzoek hiertoe van ASTRID nationale PPDR-roaming aanbieden en, behoudens andersluidend akkoord hierover met ASTRID, minstens de in het artikel opgesomde in 3GPP gestandaardiseerde mechanismes en diensten voor Mission Critical Services (MCPTT, MCData, MCVideo) en voor prioriteit en pre-emptie ondersteunen en ter beschikking stellen aan de gebruikers van ASTRID.
>
> Om ervoor te zorgen dat voldaan wordt aan de bijzondere eisen inzake radiodekking, robuustheid, veiligheid, beschikbaarheid en eventueel andere noodzakelijke elementen voor radiocommunicatie voor openbare veiligheid en beveiliging, civiele bescherming en rampenbestrijding kan ASTRID met één of meerdere openbare mobiele operatoren een overeenkomst inzake de implementatie van bijzondere PPDR-maatregelen sluiten."

[15] Zie, in vergelijkbare zin, de opmerkingen die in advies 53.397/4 gemaakt zijn bij artikel 12.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

In dat kader moet de voorliggende bepaling in verband worden gebracht met artikel 51, § 2, van de wet van 13 juni 2005, dat als volgt luidt:

> "Onverminderd de maatregelen van artikel 55, § 3, kan het Instituut steeds en op eigen initiatief aan operatoren die de toegang tot de eindgebruikers controleren, verplichtingen opleggen met inbegrip van nationale roaming voor zover noodzakelijk om eind-tot-eindverbindingen of interoperabiliteit van diensten te verzekeren. Het Instituut kan nationale roaming als maatregel slechts opleggen nadat het heeft vastgesteld dat de commerciële onderhandelingen dienaangaande tussen de operatoren binnen een redelijke termijn niet tot een overeenstemming leiden. De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van het Instituut, de nadere regels volgens dewelke het Instituut nationale roaming kan opleggen, meer bepaald inzake :
>
> - de termijnen waarover het Instituut daartoe beschikt;
>
> - de operatoren die verplicht zijn om nationale roaming aan te bieden en degene die het recht hebben op nationale roaming;
>
> - de vereiste minimum ontplooiing van het eigen netwerk van de operator die recht heeft op nationale roaming;
>
> - de diensten waarop de overeenkomst van nationale roaming betrekking heeft;
>
> - de geografische gebieden waarop de overeenkomst van nationale roaming betrekking heeft;
>
> - de duur van de overeenkomst van nationale roaming;
>
> - de omstandigheden die geheel of gedeeltelijk een einde maken aan de overeenkomst van nationale roaming.
>
> Het Instituut kan daarbij de voorwaarden inzake de te verstrekken toegang opleggen, die het passend acht, hetgeen in gevallen waarin zulks gerechtvaardigd is voor de operatoren ook de verplichting inhoudt om te zorgen voor interconnectie van hun netwerken waar dat nog niet gebeurd is of te waarborgen dat de personen bedoeld in artikel 115, alsook de openbare besturen, politiediensten en de internationale instellingen bereikbaar zijn of blijven."

2. Voor de verplichtingen inzake nationale PPDR-roaming ("Public Protection & Disaster Relief") die bij de ontworpen bepaling worden opgelegd aan alle 700 MHz-operatoren, lijkt de voorliggende bepaling rechtsgrond te kunnen ontlenen aan artikel 51, § 2, van de wet van 13 juni 2005.

Het is daarentegen veel minder zeker of diezelfde wettelijke bepaling een toereikende rechtsgrond kan vormen voor de bijzondere vereisten die de voorliggende bepaling stelt inzake radiodekking, robuustheid, veiligheid, beschikbaarheid en andere elementen.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡

Hoewel de bespreking van het artikel melding maakt van artikel 106, § 4, van de wet van 13 juni 2005,[16] moet worden vastgesteld dat die bepaling bezwaarlijk kan worden beschouwd als rechtsgrond van de regeling ingevoerd bij artikel 15 van het ontwerp. Artikel 106, § 4, bepaalt namelijk dat het aan de Koning staat om in voorkomend geval een of meer operatoren te belasten met opdrachten die bedoeld zijn om het algemene belang te dienen. Dat is echter niet wat er gebeurt in de ontworpen regeling, waarin verplichtingen worden opgelegd op initiatief van de nv ASTRID, in het kader van overeenkomsten die met een of meerdere operatoren gesloten worden, eventueel na tussenkomst van het BIPT.

Als de stellers van het ontwerp de precieze rechtsgrond waarop die bijzondere vereisten steunen, niet kunnen opgeven, en meer bepaald niet kunnen verklaren in welk opzicht artikel 51, § 2, daarvoor als rechtsgrond kan dienen, moet de ontworpen bepaling worden herzien zodat die vereisten achterwege blijven.

Artikel 33

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk wat de draagwijdte is van de machtiging die bij paragraaf 8 van artikel 30 aan het BIPT verleend wordt.

Voor het overige geeft die machtiging aanleiding tot een soortgelijke opmerking als die welke bij artikel 12 gemaakt is.

Artikel 49

In de Franse tekst moeten de woorden "La ministre" worden vervangen door de woorden "Le ministre", die immers een neutrale, gemeenslachtige betekenis hebben.[17]

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE Martine BAGUET

[16] In de aanhef wordt dat artikel evenwel niet vermeld.

[17] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 167.

‡ LW-BFKVPAHCH-GJHGJVT‡