

Advies van de Raad voor de Mededinging

Ontwerp van koninklijk besluit betreffende de samenwerking tussen het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie en de nationale mededingingsinstanties

I. Inleiding

1. De Minister van Economie, Energie, Buitenlandse Handel en Wetenschapsbeleid, de heer Marc Verwilghen, heeft bij brief van 14 januari 2005 de Raad voor de Mededinging om advies gevraagd aangaande een ontwerp van koninklijk besluit betreffende de samenwerking tussen het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie en de nationale mededingingsinstanties.

II. Bevoegdheid van de Koning en van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie

2. In de aanhef van het ontwerpbesluit wordt de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, inzonderheid artikel 14, § 2, 3^o, e), aangegeven als wettelijke grondslag.

Deze bepaling luidt als volgt:

“§ 2. In het kader van zijn bevoegdheden:

(...)

3^o werkt het Instituut samen met:

(...)

e) de Belgische instanties die belast zijn met de mededinging”.

Artikel 14, § 2 vervolgt:

“De Koning stelt, na raadpleging van deze instanties en van het Instituut en op gezamenlijk voorstel van de Minister die bevoegd is voor Economie en van de Minister de nadere regels vast inzake samenwerking, raadpleging en uitwisseling van informatie tussen deze instanties en het Instituut.”

3. In de eerste plaats dient een algemeen voorbehoud te worden gemaakt.

Bij arrest van het Arbitragehof van 14 juli 2004 (nr. 132/2004; rolnummer 2767) werd artikel 14 van de wet van 17 januari 2003 vernietigd, in zoverre aan het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) bevoegdheden worden toegekend met betrekking tot de elektronische transmissie-infrastructuur die gemeenschappelijk is aan de radio-omroep en televisie, enerzijds, en aan de telecommunicatie, anderzijds.

In zoverre de bevoegdheden van de regulator betrekking hebben op de elektronische communicatie-infrastructuur is de federale overheid immers niet de enige overheid die bevoegd is om die aangelegenheid te regelen, nu ook de gemeenschappen op grond van hun bevoegdheid inzake radio-omroep en televisie ter zake kunnen legifereren (overweging B.5.1. van het arrest).

De gevolgen van de vernietigde bepaling worden door het Arbitragehof gehandhaafd tot de inwerkingtreding van een in gemeenschappelijk overleg tussen federale staat en gemeenschappen tot stand gekomen regeling, en ten laatste tot 31 december 2005.

Met betrekking tot de bedoelde gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur kan het BIPT dus niet alleen bevoegdheden uitoefenen.

Evenmin lijkt de Koning de nadere regels inzake samenwerking, raadpleging en uitwisseling van informatie tussen de Belgische instanties die belast zijn met de mededinging en het BIPT te kunnen vaststellen.

III. Verbod tot het meedelen van inlichtingen en documenten

4. Afgezien van dit algemeen voorbehoud, heeft de Raad volgende opmerkingen betreffende de inhoud van het ontwerpbesluit zelf.

Het voorziet in twee vormen van samenwerking, uitwisseling van informatie, enerzijds, en overleg, anderzijds.

5. Het eerste luik, de bepalingen inzake uitwisseling van informatie, gelden tussen het BIPT en de Dienst voor de Mededinging, enerzijds (artikel 2 van het ontwerpbesluit), en tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging, anderzijds (artikel 3 van het ontwerpbesluit).

In verband met uitwisseling van informatie moet gewezen worden op artikel 44, eerste lid van de wet tot bescherming van de economische mededinging (WBEM), dat strafbaar stelt:

“het gebruik en de openbaarmaking van de met toepassing van de bepalingen van deze wet verkregen bescheiden of inlichtingen voor andere doeleinden dan de toepassing van deze wet”.

In dezelfde zin bepaalt artikel 18bis, eerste lid WBEM:

“Behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen, en onverminderd de bepalingen van artikel 50, zijn de leden van de Raad gebonden door het beroepsgeheim en mogen zij de vertrouwelijke gegevens waarvan zij kennis hebben gekregen op grond van hun functie, aan geen enkele persoon of autoriteit bekend maken.”

Het vervolg van artikel 18bis voorziet in de strafbaarheid van de schending van het eerste lid.

Artikel 50 WBEM voorziet in een aantal uitzonderingen op de bepalingen van artikel 44. Aldus kunnen, al naar gelang het geval, de Raad voor de Mededinging, de Dienst voor de Mededinging of het Korps verslaggevers “bescheiden en inlichtingen” mededelen aan met name genoemde organen, voornamelijk communautaire en buitenlandse overheden.

Het BIPT is in die lijst van uitzonderingen niet genoemd, en is evenmin te vatten onder een van de generieke omschrijvingen uit die lijst.

Uit het geheel van deze bepalingen van de WBEM lijkt te moeten worden afgeleid dat het mededelen van inlichtingen en het overhandigen van documenten door de Dienst voor de Mededinging of door de Raad voor de Mededinging aan het BIPT bij wet verboden wordt, en zelfs strafbaar is.

Een afwijking van deze wettelijke bepalingen bij koninklijk besluit lijkt niet mogelijk te zijn (zie artikel 159 van de Grondwet).

6. Een gelijkaardig probleem lijkt gesteld te worden voor het mededelen van inlichtingen door het BIPT aan de Dienst voor de Mededinging of aan de Raad voor de Mededinging.

Artikel 23, § 1 van voormelde wet van 17 januari 2003 bepaalt:

“De leden van de Raad (van het BIPT) zijn onderworpen aan het beroepsgeheim. Zij mogen geen vertrouwelijke informatie waarvan zij kennis hebben in het kader van de uitvoering van hun functie, mededelen aan derden, behalve in de wettelijk vastgelegde uitzonderingen. (...)”

Artikel 28 bevat een gelijkkluidende bepaling voor de leden van het personeel van het Instituut.

Krachtens artikel 38, tweede lid van dezelfde wet wordt elke overtreding van de verplichtingen inzake beroepsgeheim bedoeld in artikelen 23 en 28 strafbaar gesteld.

Het is wel mogelijk dat “vertrouwelijke informatie” een enger omschreven begrip is dan “de met toepassing van de bepalingen van deze wet verkregen bescheiden of

inlichtingen”, in de zin van artikel 44, eerste lid WBEM, zodat het probleem minder scherp wordt gesteld voor de mededeling van informatie door het BIPT.

7. De conclusie luidt dus dat het meedelen van inlichtingen en documenten, zoals is bedoeld in artikelen 2 tot en met 4 van het ontwerpbesluit, pas mogelijk zal zijn indien het BIPT wordt toegevoegd aan de in artikel 50 WBEM genoemde organen.

8. In verband met vertrouwelijkheid dient daarenboven bijzondere aandacht te worden besteed aan artikel 2, § 4 van het ontwerpbesluit, dat bepaalt dat het BIPT en de Dienst voor de Mededinging elkaar inlichten over de ontwikkelingen en over de agendapunten van de lopende besprekingen en werkzaamheden, onder andere bij de Europese Commissie.

Artikel 12 van Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag bepaalt in zijn lid 1 dat de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, de bevoegdheid hebben elkaar alle gegevens, zowel van feitelijke als van juridische aard, met inbegrip van vertrouwelijke inlichtingen, mee te delen en deze als bewijsmiddel te gebruiken.

Het tweede lid voegt er aan toe:

“De uitgewisselde inlichtingen worden alleen als bewijsmiddel gebruikt voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdragen met betrekking tot het onderwerp waarvoor zij door de toezendende autoriteit zijn verzameld. Wanneer nationaal mededingingsrecht in dezelfde zaak en parallel met het EG-mededingingsrecht wordt toegepast en niet tot een verschillend resultaat leidt, kunnen de uit hoofde van dit artikel uitgewisselde inlichtingen ook voor de toepassing van nationaal mededingingsrecht worden gehanteerd.”

Deze bepaling kan een beletsel zijn voor de mededeling door de Dienst voor de Mededinging van bepaald informatie en documenten aan het BIPT.

IV. Uitwisseling van informatie tussen BITP en Dienst voor de Mededinging

9. Zelfs indien de Dienst voor de Mededinging, het Korps verslaggevers en de Raad voor de Mededinging de wettelijke machtiging tot het meedelen van informatie en documenten bekomen, moet het volgende worden opgemerkt.

Het ontwerpbesluit voorziet in zijn artikel 2 in uitwisseling van informatie tussen het BIPT en de Dienst voor de Mededinging.

Er moet op gewezen worden dat de bepalingen van artikel 2 geen toepassing kunnen vinden in een welbepaalde zaak die door de Dienst voor de Mededinging (en het Korps verslaggevers) behandeld wordt.

Eens een zaak in onderzoek is bij het Korps verslaggevers wordt de eventuele samenwerking tussen Korps verslaggevers en, meer algemeen, Dienst voor de Mededinging, enerzijds, en BIPT, anderzijds, uitputtend geregeld in de wet tot bescherming van de economische mededinging (WBEM), die als enige van toepassing is op een onderzoek inzake restrictieve mededingingspraktijken of inzake concentraties.

Voor de economische sectoren die onder het toezicht of de controle van een geëigende openbare instelling of ander overheidslichaam zijn geplaatst, kan de Koning, na raadpleging van die instellingen of lichamen, de samenwerking tussen de Dienst voor de Mededinging en het Korps verslaggevers en die instellingen of lichamen regelen, wat het onderzoek betreft (artikel 25, § 2 WBEM). Het BIPT behoort tot de bedoelde instellingen of lichamen.

Tot dusver heeft de Koning van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

Artikel 2 van het ontwerpbesluit is er kennelijk niet op gericht deze samenwerking te reglementeren.

Voor vormen van uitwisseling van informatie en documenten tussen de Dienst voor de Mededinging (en het Korps verslaggevers) en het BIPT, tijdens een onderzoek, laat de wet zelf weinig ruimte.

10. In dit verband moet er ook op gewezen worden dat naar geldend recht de voorzitter van de Raad voor de Mededinging de bevoegdheid heeft om te beslissen dat bepaalde stukken van het dossier vertrouwelijk zijn, en dit om het zakengeheim te beschermen, en dus niet kenbaar gemaakt mogen worden (zie artikelen 24, § 2, 27, § 1 en 32 ter WBEM).

11. Met hetgeen voorafgaat is niet gezegd dat er thans niet reeds uitwisseling van informatie tussen de Dienst voor de Mededinging en het BIPT kan plaats vinden, in het raam van een onderzoek bedoeld in de WBEM.

Zo kan het BIPT van de Dienst voor de Mededinging gerichte vragen ontvangen, met vermelding van gegevens die afkomstig zijn van het onderzoeksdossier.

V. Uitwisseling van informatie tussen BIPT en Raad voor de Mededinging

12. Artikel 3 van het ontwerpbesluit heeft betrekking op de uitwisseling van informatie over bepaalde procedures.

Artikel 3, § 1, eerste lid, bepaalt dat het BIPT de Raad voor de Mededinging inlicht over de beroepen ingesteld tegen zijn besluiten bij het Hof van beroep te Brussel op grond van artikel 2 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling, evenals van de uitspraak van het Hof.

Het lijkt aangewezen dat het BIPT de Raad voor de Mededinging eveneens inlicht over het bestaan zelf van besluiten die voor het beroep bij het Hof van beroep te Brussel in aanmerking komen, door de Raad voor de Mededinging er een kopie van te bezorgen.

Artikel 3, § 1, tweede lid bepaalt dat de Raad voor de Mededinging het BIPT moet inlichten over de geschillen die bij hem aanhangig zijn gemaakt op grond van artikel 4 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling, evenals over de door hem gedane uitspraak.

Die bepaling kan dan weer nuttig aangevuld worden met de verplichting van de Raad van de Mededinging om het BIPT in te lichten over het hoger beroep dat tegen zijn beslissing wordt ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel, overeenkomstig artikel 43 WBEM, en hem een kopie van het arrest van het Hof te bezorgen.

VI. Vertrouwelijk gebruik van ontvangen inlichtingen

13. Artikel 4, tweede lid, van het ontwerpbesluit bepaalt dat artikel 23, § 3 van de wet van 17 januari 2003 betreffende het statuut van het BIPT van toepassing is ten einde het vertrouwelijk gebruik van verstrekte inlichtingen te waarborgen.

Artikel 23, § 3 verplicht het BIPT echter zorg te dragen voor het bewaren van de vertrouwelijkheid van de gegevens die door de bedrijven worden verstrekt.

In artikel 4, tweede lid van het ontwerpbesluit is kennelijk het boven reeds aangehaalde artikel 23, § 1 bedoelt, dat een algemene draagwijdte heeft.

VII. Overleg tussen BIPT en Raad voor de Mededinging: algemeen

14. Het tweede luik van het ontwerpbesluit, de bepalingen inzake het overleg (artikelen 5 tot en met 7) gelden in de verhouding tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging.

Ook hier geldt in de eerste plaats bovenstaande opmerking, dat de Raad voor de Mededinging in de huidige stand van de wetgeving kan stuiten op het verbod om informatie of documenten mede te delen.

Maar ook hier moeten nog andere opmerkingen gemaakt worden.

15. Volgens artikel 5, 1° heeft het overleg onder meer tot doel “de begrippen die ontleend zijn aan het algemene mededingingsrecht en de sectorspecifieke reglementeringen die van toepassing zijn op de postdiensten en op de elektronische communicatienetwerken en –diensten op coherente en geharmoniseerde wijze te interpreteren”.

Om welke reden of met welk doel er behoefte zou bestaan aan het overleg bedoeld in artikel 5, 1° van het ontwerpbesluit, wordt niet nader gepreciseerd in de algemene toelichting van het verslag aan de Koning, in de artikelsgewijze bespreking, of in de tekst van het ontwerpbesluit zelf.

Zij blijkt evenmin uit de wettelijke bepalingen die in het verslag aan de Koning vermeld worden.

16. In het verslag aan de Koning staat te lezen:

“(…) Samenwerking zal nodig zijn:

in het algemeen bij de uitoefening van de eigen bevoegdheden van het Instituut en van de mededingingsinstanties;

op het stuk van het algemeen mededingingsrecht, bijvoorbeeld bij de behandeling door de Raad voor de Mededinging van toelatingen tot concentratie met betrekking tot postale of telecommunicatieoperatoren of ondernemingen;

in het kader van de behandeling door de Raad voor de Mededinging van geschillen tussen operatoren;

in het kader van de marktanalyses.”

De aangehaalde passage betreft voornamelijk de betrokkenheid van het BIPT bij de uitoefening van de bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging.

Slechts twee van de vermelde domeinen van samenwerking betreffen de betrokkenheid van de Raad voor de Mededinging bij de uitoefening van bevoegdheden van het Instituut. De eigen bevoegdheden van het Instituut worden met name genoemd in de eerste alinea van de opsomming. Ook de laatste alinea van de opsomming, namelijk de marktanalyses, is een eigen bevoegdheid van het Instituut.

17. Welnu, inzake de eigen bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging is de betrokkenheid van het BIPT reeds uitputtend geregeld bij wet.

Hierna worden de relevante bepalingen kort in herinnering gebracht.

Het onderzoek van de zaken door het Korps verslaggevers gebeurt, onder meer, op verzoek van een geëigende openbare instelling of ander overheidslichaam, belast met het toezicht of de controle op een economische sector, in het geval van een inbreuk op artikelen 2, § 1, 3 of 12, § 1 WBEM (artikel 23, § 1, d) WBEM).

Aldus kan het BIPT een zaak aanhangig maken bij de Raad voor de Mededinging.

Bij de behandeling van een zaak inzake restrictieve mededingingspraktijken kan de Raad beslissen elke natuurlijke persoon of rechtspersoon te horen die blijk geven van een voldoende belang. Voor de economische sectoren die onder de controle of het toezicht van een openbare instelling of een andere geëigende overheidsinstelling zijn geplaatst, worden deze instellingen of overheidslichamen geacht een voldoende belang te hebben (artikel 27, § 2, derde lid WBEM). Het BIPT verkeert in dat geval.

Krachtens een gelijklopende bepaling moet het BIPT op zijn verzoek gehoord worden in de procedure die volgt op de aanmelding van een concentratie (artikel 32quater, § 2, tweede lid WBEM).

Verder kan de betrokkenheid van het BIPT niet gaan.

Zo is het bijvoorbeeld niet denkbaar dat de Raad voor de Mededinging overleg zou plegen met het BIPT over de beslissing in een concrete zaak van restrictieve mededingingspraktijken of betreffende de toelaatbaarheid van een concentratie.

De plaats die het overleg, bedoeld in artikel 5, 1° van het ontwerpbesluit in dat wettelijke kader zou innemen, is dan ook in het geheel niet duidelijk.

18. Ook de betrokkenheid van het BIPT in de behandeling door de Raad voor de Mededinging van geschillen tussen operatoren (derde alinea van het citaat uit het verslag aan de Koning) is reeds wettelijk geregeld.

Deze bevoegdheid wordt aan de Raad voor de Mededinging toegekend door artikel 4 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, dat als volgt luidt:

“De Raad voor de Mededinging (...) doet binnen een termijn van vier maanden uitspraak over de geschillen tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten met betrekking tot interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, alsmede over

de geschillen tussen postoperatoren met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de bepalingen van hun vergunning. (...)

Tijdens het onderzoek van die geschillen door de Raad voor de Mededinging vaardigt het Instituut een vertegenwoordiger af, die samen met de verslaggever van de Dienst voor de Mededinging het dossier onderzoekt.

Het Instituut zorgt ervoor dat de beslissingen die de Raad voor de Mededinging overeenkomstig het eerste lid heeft genomen, ten uitvoer worden gelegd.”

Het BIPT kan dus bijstand verlenen tijdens het onderzoek, en ziet toe op de uitvoering van de beslissing van de Raad. In een verdergaande betrokkenheid wordt wettelijk niet voorzien.

19. Evenmin valt in te zien op welke wijze de Raad voor de Mededinging kan bijdragen tot de uitoefening van de eigen bevoegdheden van het BIPT, tenzij dan wat betreft de zogenaamde marktanalyses bij toepassing van de toekomstige wet betreffende de elektronische communicatie.

Deze laatste vormen echter specifiek het voorwerp van artikel 5, 4° van het ontwerpbesluit, dat voor andere kritiek vatbaar is.

VIII. Overleg tussen BIPT en Raad voor de Mededinging: uitvoering van de sector regulering voor de elektronische communicatie

20. Volgens artikel 5, 4° van het ontwerpbesluit strekt het overleg ertoe om:

“de aanmerkelijke marktmacht van een operator te beoordelen, overeenkomstig artikel 62 tot 65 van de wet betreffende de elektronische communicatie”.

Krachtens het ontwerp van wet betreffende de elektronische communicatie (ingediend bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers, doc 51 1425/1 en 1426/1) dient samenwerking tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging plaats te vinden.

In het hoofdstuk van dat ontwerp getiteld: “Procedure voor de analyse van de relevante markten en bepaling van de operatoren met een sterke machtspositie”, bevinden zich volgende relevante bepalingen:

Artikel 63, § 4:

“Voor de beslissingen van het Instituut waarvoor naar deze paragraaf wordt verwezen pleegt het Instituut vooraf overleg met de Raad voor de Mededinging. De Raad voor de Mededinging geeft binnen 30 kalenderdagen, te rekenen vanaf de

toezending van de ontwerpbeslissing door het Instituut, zijn advies. Zodra die termijn verstreken is, geldt het stilzwijgen van de Raad voor de Mededinging als goedkeuring van de voormelde ontwerpbeslissing.”

Artikel 63, § 5:

“Het Instituut zendt zijn beslissingen waarvoor naar deze paragraaf wordt verwezen, vooraf aan de Raad voor de Mededinging, die binnen 30 kalenderdagen een bindend advies uitbrengt met betrekking tot de vraag of de beslissingen van het Instituut in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen. Zodra die termijn verstreken is, geldt het stilzwijgen van de Raad voor de Mededinging als goedkeuring van de voormelde beslissing.”

De procedure van het afbakenen van relevante markten, het identificeren van operatoren met een aanmerkelijke marktmacht en het eventuele opleggen van verbintenissen aan die operatoren is eigen aan de specifieke regulering van de sector van de elektronische communicatie.

In die procedures zouden de beslissingen dus getroffen worden door het BIPT, op advies van de Raad voor de Mededinging.

Deze samenwerking tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging kan, steeds volgens het wetsontwerp, twee vormen aannemen:

-Voorafgaand overleg tussen beiden, gevolgd door een ontwerpbeslissing van het BIPT, waarover de Raad voor de Mededinging vervolgens een advies verleent, dat niet bindend is voor het BIPT (artikel 63, § 4).

-Een (ontwerp)beslissing van het BIPT, waarover de Raad voor de Mededinging vervolgens een bindend advies verleent (artikel 63, § 5).

Het overleg waarin de artikelen 5 tot en met 7 van het ontwerpbesluit voorzien, kan echter alleen tot een niet-bindend advies leiden (artikel 7, eerste lid van het ontwerpbesluit).

Het ontwerpbesluit heeft dus slechts betrekking op een gedeelte van de samenwerking tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging, namelijk deze waarin artikel 63, § 4 van het wetsontwerp voorziet.

De vraag is dan waarom de samenwerking in het raam waarvan de Raad voor de Mededinging een bindend advies zou dienen te verlenen (artikel 63, § 5 van het wetsontwerp), in het ontwerpbesluit niet wordt uitgewerkt en zelfs onvermeld blijft.

Het ontwerpbesluit zou zelfs onterecht de indruk kunnen wekken dat elke samenwerking beperkt moet blijven tot een niet-bindend advies van de Raad voor de Mededinging.

Het overleg zou er immers toe strekken om “de aanmerkelijke marktmacht van een operator te beoordelen, overeenkomstig artikel 62 tot en met 65 van de wet betreffende de elektronische communicatie” (artikel 5, 4° van het ontwerpbesluit).

Deze ruime formulering kan ook de gevallen omvatten waarin de Raad voor de Mededinging volgens de wil van de wetgever (steeds indien het ontwerp wet wordt) een bindend advies zou verlenen (artikel 63, § 5).

21. Bij de regeling van het ontwerpbesluit inzake het overleg bedoeld in artikel 5, 4° kan een tweede bedenking gemaakt worden.

Zij spoort immers niet met de regeling van het wetsontwerp, ook in zoverre de inbreng van de Raad voor de Mededinging beperkt is tot voorafgaand overleg en een niet-bindend advies (artikel 63, § 4).

Krachtens artikel 63, § 4 van het wetsontwerp moet de Raad voor de Mededinging zijn advies verlenen binnen een termijn van 30 dagen vanaf de toezending van de ontwerpbeslissing van het BIPT. Zodra die termijn verstreken is, zou het stilzwijgen van de Raad als goedkeuring gelden.

Overeenkomstig artikel 6 van het ontwerpbesluit kan het overleg plaats vinden op verzoek van het BIPT, terwijl artikel 7, tweede lid van het ontwerpbesluit bepaalt dat de adviezen worden meegedeeld binnen dertig dagen na het verzoek.

In artikel 63, § 4 van het wetsontwerp wordt een onderscheid gemaakt tussen voorafgaand overleg en het advies over de ontwerpbeslissing.

De artikelen 6 en 7 van het ontwerpbesluit kunnen niet bedoeld zijn voor het voorafgaand overleg in de zin van artikel 63, § 4.

Dit laatste is immers niet gebonden aan de halfjaarlijkse termijn waarin artikel 6 voorziet. Het dient plaats te vinden telkens wanneer het BITP een beslissing behoort of wenst te nemen die bedoeld is in artikel 63, § 4.

Het voorafgaand overleg in de zin van artikel 63, § 4 leidt evenmin tot een niet-bindend advies, in de zin van artikel 7 van het ontwerpbesluit, maar tot een ontwerpbeslissing van het BITP, die vervolgens ter advies aan de Raad voor de Mededinging wordt voorgelegd.

De artikelen 6 en 7 van het ontwerpbesluit lenen zich evenmin tot toepassing op het advies, bedoeld in artikel 63, § 4.

De ontwerpbeslissing van het BITP is, evenmin als het voorafgaand overleg, gebonden aan de halfjaarlijkse termijn van artikel 6 van het ontwerpbesluit.

De Raad voor de Mededinging dient zijn advies volgens het wetsontwerp te verlenen binnen 30 kalenderdagen vanaf de toezending van de ontwerpbeslissing, en niet binnen de dertig dagen van het verzoek om overleg (in de zin van artikel 7, tweede lid van het ontwerpbesluit). Deze laatste termijn zou veel korter zijn, als het verzoek tot overleg te begrijpen is als het verzoek tot het voorafgaand overleg bedoeld in artikel 63, § 4 van het wetsontwerp.

22. De voorafgaande kritiek op de bepalingen van het ontwerpbesluit, in zoverre zij de uitwerking beogen te zijn van het ontwerp van wet betreffende de elektronische communicatie, kan echter niet worden beschouwd als de goedkeuring van de bepalingen van het wetsontwerp.

Het ontwerp van wet verdient nader onderzoek, met name wat betreft zijn bestaanbaarheid met de Europese regelgeving, en wat betreft de wenselijkheid van de wijze waarop die regelgeving wordt uitgewerkt.

Terloops kunnen in dit advies reeds volgende bemerkingen aangestipt worden, die eerder van formele aard zijn.

Zowel in § 4 als in § 5 van artikel 63 wordt bepaald dat het stilzwijgen van de Raad voor de Mededinging bij het verstrijken van de termijn voor advies als goedkeuring van de beslissing geldt.

Het ware te verkiezen te bepalen dat het advies van de Raad na het verstrijken van de termijn niet meer vereist is.

Overigens is de termijn van 30 kalenderdagen wel erg kort om een doordacht advies uit te brengen.

Artikel 63, § 5 bepaalt dat het bindend advies van de Raad voor de Mededinging betrekking heeft op de vraag of de beslissingen van het BITP “in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen”.

De aangehaalde bepaling moet worden vervangen door: “in overeenstemming zijn met het mededingingsrecht”.

23. In het licht van de regulering van de sector van de elektronische communicatie, die wordt opgelegd door de Europese normen die ten grondslag liggen aan het wetsontwerp inzake elektronische communicatie, en die wellicht ook de inspiratiebron waren voor artikel 5, 4° van het ontwerpbesluit, komt wel betekenis toe aan artikel 5, 1° van het ontwerpbesluit.

Het BIPT en de nationale mededingingsautoriteiten zullen immers moeten samenwerken om die regulering toe te passen, op die wijze die in artikel 5, 1° aangewezen wordt.

Het spreekt vanzelf dat de Raad voor de Mededinging die samenwerking genegen is, en verwacht dat zij wederzijds bevruchtend zal zijn.

Op dit ogenblik staat artikel 5, 1° echter in het luchtledige.

IX. Overleg tussen BIPT en Raad voor de Mededinging: andere onderwerpen

24. De andere onderwerpen van overleg tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging die door artikel 5 van het ontwerpbesluit worden voorgeschreven, lijken op zichzelf de instelling van het overleg als vorm van samenwerking niet te kunnen verantwoorden.

De beoordeling van het vertrouwelijk karakter in uitvoering van artikel 4 van het ontwerpbesluit (artikel 5, 2° van het ontwerpbesluit) heeft slechts zin wanneer de mededingingsautoriteiten gemachtigd zullen zijn inlichtingen en documenten mede te delen, en wanneer artikel 25, § 2 WBEM uitgevoerd zal zijn.

De voorzetting en evaluatie van de samenwerking (artikel 5, 3° van het ontwerpbesluit) is dan weer pas mogelijk na aanvang van de samenwerking.

X. Besluit

25. Uit dit advies moge blijken dat het voorgelegde ontwerp in de huidige stand niet tot een koninklijk besluit kan leiden.

Afgezien van de vraag naar de bevoegdheid van de Koning na het arrest van het Arbitragehof van 14 juli 2004, zouden de Dienst voor de Mededinging, het Korps verslaggevers en de Raad voor de Mededinging slechts inlichtingen en documenten aan het BIPT kunnen meedelen na daartoe door de wetgever te zijn gemachtigd.

Ook in dat geval blijven striktere regels gelden voor bepaalde inlichtingen die van de Europese Commissie bekomen worden.

Voorts maakt het ontwerp geen duidelijk onderscheid tussen samenwerking, enerzijds, en, anderzijds, betrokkenheid bij het uitoefenen van de eigen exclusieve bevoegdheden van de mededingingsautoriteiten.

Om elk misverstand te vermijden moet benadrukt worden dat de Raad voor de Mededinging voorstander is van samenwerking met het BIPT, evenals met andere regulatoren, en zich ervan bewust is dat deze op bepaalde domeinen onontbeerlijk is.

Tevens wil ook de Raad dat een kader tot stand wordt gebracht waarin die samenwerking kan plaatsvinden.

Er kan gedacht worden aan een protocol van samenwerking, dat verschillend ingevuld kan worden naar gelang de regulator met wie de samenwerking tot stand komt.

De kerntaak van de Raad voor de Mededinging is evenwel het treffen van beslissingen in de materies die tot zijn bevoegdheid behoren. Hij moet deze in alle onafhankelijkheid kunnen blijven uitoefenen.

Alvorens de samenwerking wordt geregeld moet ten slotte de omzetting van de Europeesrechtelijke bepalingen inzake het toezicht op de sector van de elektronische communicatie afgewacht worden.

Het ontwerp van wet dat is ingediend bij de Kamer dient aan een kritisch onderzoek onderworpen te worden.

Het ontwerpbesluit is in ieder geval niet aangepast aan de samenwerkingsvormen tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging waarin het ontwerp van wet in zijn huidige vorm voorziet.

Goedgekeurd door de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging op 16 februari 2005