

Avis de l'IBPT (Institut belge des services postaux et des télécommunications) demandé par Madame la Présidente du Sénat	Advies van het BIPT (Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie) gevraagd door mevrouw de Senaatsvoorzitter
Sénat de Belgique	Belgische Senaat
Proposition de loi modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, en ce qui concerne les tarifs de terminaison pour la téléphonie mobile	Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie betreffende de afgiftetarieven van mobiele telefonie
5 - 1016/1	5 - 1016/1
Selon l'IBPT, la proposition de loi examinée n'est pas conforme aux dispositions du droit de l'Union européenne (« cadre réglementaire européen ») en la matière qui réservent la régulation économique du secteur des communications électroniques aux seules autorités réglementaires nationales (ARN).	Volgens het BIPT voldoet het onderzochte wetsontwerp niet aan de bepalingen van het recht van de Europese Unie ("Europees regelgevingskader") ter zake, die de economische regulering van de elektronische-communicatiesector enkel aan de nationale regelgevende instanties (NRI's) voorbehouden.
Ces autorités réglementaires nationales doivent jouir d'une large indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, ce qui exclut par conséquent toute intervention directe du Parlement national de l'Etat membre. Le considérant 13 de la directive 2009/140/CE ¹ ne laisse aucun doute à ce sujet: « (...) Une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire (...) ». La Cour de justice de l'Union européenne a également statué en ce sens à propos d'une législation allemande immunisant de nouveaux services de communications électroniques de toute régulation: « Il convient d'ajouter que, en tout état de cause, (...) la directive «cadre» confère à	Deze nationale regelgevende instanties moeten een grote onafhankelijkheid genieten ten opzichte van de politieke macht, wat dus elke directe tussenkomst vanwege het nationale parlement van de lidstaat uitsluit. Considerans 13 van Richtlijn 2009/140/EG ³ laat daarover geen twijfel bestaan: "(...) Dergelijke externe invloed maakt een nationale instantie ongeschikt om volgens het regelgevingskader op te treden als een nationale regelgevende instantie (...)". Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft ook een uitspraak in die zin gedaan in verband met een Duitse wetgeving die nieuwe diensten voor elektronische communicatie vrijwaart tegen alle regulering: "Daaraan moet worden toegevoegd dat in de kaderrichtlijn (...) de

¹ Intitulé complet : directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

³ Volledige titel: Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecomunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten

<p><i>l'ARN, et non au législateur national, l'appréciation du besoin de réglementation des marchés</i> » (CJCE, 3 décembre 2009, C-427/07, n° 74) et « (...) <i>le grief tiré d'une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'ARN doit être accueilli</i> » (Ibid., n° 100). Précédemment, la Cour de justice avait déjà condamné la Pologne pour avoir imposé par voie législative, donc sans analyse de marché préalable par l'ARN, l'obligation à tous les opérateurs de communications électroniques de négocier de bonne foi l'accès à leur réseau (CJCE, 13 novembre 2008, C-227/07).</p> <p>Enfin, une polémique est actuellement en cours en Italie avec une proposition législative du parlement de ce pays pour imposer des remèdes opérationnels qui sont de la compétence du régulateur AGCOM. (communiqué de presse ORECE du 12/3/2012²).</p>	<p><i>beoordeling van de noodzaak van regulering van deze markten in elk geval wordt opgedragen aan de NRI en niet aan de nationale wetgever</i>” (EHvJ, 3 december 2009, C-427/07, nr. 74) en “(...) <i>het middel betreffende de beperking van de discretionaire bevoegdheid van de NRI gegrond (dient) te worden verklaard</i>” (Ibid., nr. 100). Voordien had het Hof van Justitie reeds Polen veroordeeld omdat het via wetgeving, dus zonder voorafgaande marktanalyse door de NRI, aan alle elektronische-communicatieoperatoren de verplichting had opgelegd om te goeder trouw te onderhandelen over de toegang tot hun netwerk (EHvJ, 13 november 2008, C-227/07).</p> <p>Ten slotte wordt er momenteel een debat gevoerd in Italië over een wetsvoorstel van het Italiaanse parlement om operationele remedies op te leggen die onder de bevoegdheid van de regulator AGCOM vallen. (persbericht van BEREC van 12/3/2012⁴).</p>
<p>A supposer même que l'intervention du législateur national en la matière soit autorisée, - ce qui n'est pas le cas selon l'IBPT - l'interdiction pour les opérateurs mobiles de facturer des frais pour la terminaison d'appel sur leur réseau, autrement dit l'instauration du « bill and keep »⁵, risquerait de se heurter à d'autres dispositions du cadre réglementaire européen.</p>	<p>Zelfs in de veronderstelling dat de tussenkomst van de nationale wetgever ter zake toegestaan is, - wat volgens het BIPT niet het geval is - zou het verbod voor de mobiele operatoren om kosten te factureren voor de gespreksafgifte op hun netwerk, met andere woorden de invoering van “bill and keep”⁶, het gevaar inhouden dat er ingedruist wordt tegen andere bepalingen van het Europese regelgevingskader.</p>
<p>L'article 13 de la directive « accès » 2002/19/CE dispose que : « <i>Afin d'encourager l'opérateur à investir notamment dans les réseaux de prochaine génération, les autorités réglementaires nationales tiennent compte des investissements qu'il a réalisés, et lui permettent une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu de tout</i></p>	<p>Artikel 13 van de Toegangsrichtlijn, 2002/19/EG, bepaalt : “<i>Om investeringen door de exploitant in nieuwegeneratienetwerken ook aan te moedigen, houden de nationale regelgevende instanties rekening met de door de exploitant gedane investeringen, en laten zij toe dat hij een redelijke opbrengst krijgt uit zijn kapitaalinvloeg, waarbij zij de specifieke</i></p>

² http://www.erg.eu.int/doc/2012/12.03.12_press-release.pdf

⁴ http://www.erg.eu.int/doc/2012/12.03.12_press-release.pdf

⁵ Chaque opérateur facture ses prestations à ses seuls clients de détail (« bill ») et en conserve tous les revenus (« keep »), en ne payant aucun frais d'interconnexion ou de terminaison aux autres opérateurs.

⁶ Elke operator factureert zijn verrichtingen enkel aan zijn retailklanten (“bill”) en houdt alle inkomsten daaruit voor zich (“keep”), zonder aan de andere operatoren interconnectie- of gespreksafgiftekosten te betalen.

risque spécifiquement lié à un nouveau projet d'investissement particulier»⁷. La Commission européenne a interprété cette disposition dans le sens où les obligations qui visent à forcer un opérateur à fournir gratuitement ses prestations ne sont pas conformes avec les principes d'adéquation et de proportionnalité⁸. Une étude récente commandée par la Commission européenne fait utilement le point de la question au regard du droit communautaire en vigueur⁹. Cette étude a examiné par quels instruments pourrait être mis en place un régime de « bill and keep »¹⁰. Outre l'article 13 de la directive « accès », les auteurs ont envisagé le recours à une recommandation de la Commission européenne, le recours à l'article 5 de la directive « accès » (lequel permet dans certaines circonstances d'imposer des mesures à tous les opérateurs du marché) ou encore de l'imposer dans le cadre de la résolution de litiges. L'étude conclut à la difficulté d'imposer le « bill and keep » dans le cadre réglementaire actuel. Au regard de la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles, il est également permis de douter de la possibilité d'imposer la fourniture d'un service terminaison sans rémunération (voir Bruxelles (18^{ème} ch.), 4 avril 2008, R.G. 2007/AR/3394, n° 23)¹¹.

risico's van een bepaald nieuw netwerkproject waarin wordt geïnvesteerd in aanmerking nemen»¹². De Europese Commissie heeft deze bepaling zo geïnterpreteerd dat verplichtingen die erop gericht zijn een operator ertoe te dwingen om zijn verrichtingen gratis te verstrekken, niet stroken met de principes van gelijkheid en proportionaliteit¹³. Een recente studie die door de Europese Commissie is besteld geeft op nuttige wijze een overzicht van de kwestie ten aanzien van het vigerende Gemeenschapsrecht⁶. Deze studie heeft onderzocht met welke instrumenten een stelsel van "bill and keep" zou kunnen worden ingevoerd¹⁴. Behalve artikel 13 van de Toegangsrichtlijn hebben de auteurs overwogen een beroep te doen op een aanbeveling van de Europese Commissie, een beroep op artikel 5 van de Toegangsrichtlijn (dat het onder bepaalde omstandigheden toestaat om aan alle operatoren op de markt maatregelen op te leggen) of dit op te leggen in het kader van de geschillenbeslechting. Het besluit van de studie luidt dat het moeilijk is om "bill and keep" op te leggen in het huidige regelgevingskader. Ten aanzien van de rechtspraak van het hof van beroep van Brussel kan ook worden getwijfeld over de mogelijkheid om de gratis verstrekking van een gespreksafgiftedienst op te leggen (zie

⁷ Ce passage semble à première vue concerner davantage les réseaux de nouvelle génération (New Generation Networks – NGN), dont ne font pas partie les réseaux mobiles existants. Il importe toutefois de constater l'emploi du terme "notamment" et surtout de se référer au considérant 20 de la directive « accès » 2002/19/CE originelle, toujours en vigueur, qui contient lui aussi ce principe de « rémunération raisonnable du capital engagé » et a, sans contestation possible, une portée tout à fait générale.

⁸ Traduction libre de : « The Commission takes the view that obligations which aim at forcing an undertaking to provide its services free of charge, are not in line with the principles of adequacy and proportionality (...) » (Case PL/2007/0656: remedies imposed on Telekomunikacja Polska S.A. with regard to the internet peering exchange – SG – Greffe (2007) D/204768, p. 4).

⁹ Tera Consultants – Study on the future of interconnection charging methods – Final study report - 23 November 2010, spec. p. 205-237
<http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/library/ext_studies/2009_70_mr_final_study_report_F_101123.pdf>

¹⁰ Un régime « bill and keep » pourrait être un passage vers la gratuité des terminaisons entre opérateurs s'échangeant du trafic dans la mesure où le niveau des terminaisons MTR sera suffisamment faible et que les coûts de facturation entre opérateurs l'emporteront sur le niveau de revenu apporté par la terminaison.

¹¹ Disponible sur <<http://www.ibpt.be/ShowDoc.aspx?objectID=2769>>

¹² Deze passage lijkt op het eerste gezicht eerder te slaan op de netwerken van de nieuwe generatie (New Generation Networks – NGN), waar de bestaande mobiele netwerken geen deel van uitmaken. Toch is het belangrijk om het gebruik van de term "ook" vast te stellen en zich vooral te baseren op considerans 20 van de oorspronkelijke Toegangsrichtlijn, 2002/19/EG, die nog steeds van kracht is, en die eveneens dat principe van "redelijke opbrengst uit het geïnvesteerde kapitaal" bevat en zonder enige mogelijke betwisting een volkomen algemene strekking heeft.

	Brussel (18e kamer), 4 april 2008, R.G. 2007/AR/3394, nr. 23) ¹⁵ .
Dans la mesure où le projet de loi ne vise que les tarifs de terminaison pour la téléphonie mobile, on peut également souligner qu'il irait à l'encontre de l'obligation générale de promouvoir la concurrence fixée par le cadre réglementaire européen ¹⁶ . La gratuité de la terminaison mobile serait en effet susceptible de créer une distorsion de concurrence entre opérateurs mobiles et opérateurs fixes qui continueraient, eux, à bénéficier de revenus liés à la terminaison d'appels sur leur réseau, y compris en provenance des réseaux mobiles.	Voor zover het wetsontwerp enkel betrekking heeft op de gespreksafgiftetarieven voor mobiele telefonie, kan ook het feit worden benadrukt dat het zou indruisen tegen de algemene verplichting om de concurrentie te bevorderen, die in het Europese regelgevingskader ¹⁷ is vastgelegd. De kosteloosheid van de mobielgespreksafgifte zou immers de concurrentie kunnen verstoren tussen de mobiele operatoren en de vaste operatoren, die wel inkomsten zouden blijven halen uit de afgifte van gesprekken op hun netwerk, waaronder ook gesprekken afkomstig van de mobiele netwerken.
On constate néanmoins que la problématique du « bill and keep » fait l'objet d'une grande attention ces dernières années. Outre l'étude commandée par la Commission européenne dont il a été question plus haut, l'ORECE ¹⁸ , organe consultatif réunissant la Commission et l'ensemble des régulateurs européens, a publié en juin 2010 une position commune concluant que le « bill and keep » était à long terme un mode de régulation plus prometteur que le régime actuel où l'opérateur appelant paie des charges de terminaison (« calling party network pays »), fussent-elles peu élevées ¹⁹ . Le « bill and keep » pourrait ainsi résulter d'une	Nu kan worden vastgesteld dat de problematiek van "bill and keep" de jongste jaren veel aandacht krijgt. Buiten de hierboven vermelde studie die door de Europese Commissie is besteld, heeft BEREC ²² , het adviesorgaan dat de Commissie en alle Europese regulatoren bijeenbrengt, in juni 2010 een gemeenschappelijk standpunt gepubliceerd, waarin werd geconcludeerd dat "bill and keep" op lange termijn een veelbelovendere vorm van regulering is dan het huidige stelsel, waarin de oproepende operator de gespreksafgiftelasten betaalt ("calling party network pays"), ook al zijn die niet zo hoog ¹⁵ . Het "bill and keep"-stelsel zou

¹³ Vrije vertaling van: « *The Commission takes the view that obligations which aim at forcing an undertaking to provide its services free of charge, are not in line with the principles of adequacy and proportionality (...)* » (Case PL/2007/0656: remedies imposed on Telekomunikacja Polska S.A. with regard to the internet peering exchange – SG – Greffe (2007) D/204768, p. 4).

¹⁴ Een "bill and keep"-stelsel zou een overgang kunnen betekenen naar gratis gespreksafgifte tussen operatoren die onderling verkeer uitwisselen op voorwaarde dat het niveau van MTR-gespreksafgifte voldoende laag is en de factureringskosten tussen operatoren opwegen tegen de inkomsten uit de gespreksafgifte.

¹⁵ Beschikbaar op <<http://www.ibpt.be/ShowDoc.aspx?objectID=2769>>

¹⁶ Directive « cadre » 2002/21/CE, art. 8, § 2. Voir à ce sujet OFCOM, Wholesale mobile voice call termination. Market Review. Volume 2. Main consultation (2010), § 7.51, p. 81 disponible sur <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/wmctr/summary/wmvct_consultation.pdf>

¹⁷ Kaderrichtlijn 2002/21/EG, art. 8, § 2. Zie in verband hiermee OFCOM, Wholesale mobile voice call termination. Market Review. Volume 2. Main consultation (2010), § 7.51, p. 81 beschikbaar op <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/wmctr/summary/wmvct_consultation.pdf>

¹⁸ Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), en anglais Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC).

¹⁹ BEREC - Common Statement on Next Generation Networks Future Charging Mechanisms / Long Term Termination Issues - June 2010 <http://www.erg.eu.int/doc/berec/bor_10_24_ngn.pdf>

²² Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC), in het Engels Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC).

<p>généralisation de l'interconnexion IP à toute forme de communication électronique (en ce compris les communication vocales dans un environnement 4G). Il n'en reste pas moins que l'ORECE a également établi dans cette position commune que le régime de terminaison payante, traditionnel en Europe, reste adéquat dans le court et moyen terme, dans la mesure où les tarifs de terminaison sont fortement réduits en vertu d'une obligation d'orientation sur les coûts quasi-marginaux (modèle « pur LRIC ») et, de ce fait, très faibles²⁰. La position commune ne porte par ailleurs que sur les mérites économiques du « bill and keep » sans se prononcer les aspects techniques et juridiques de la question²¹.</p>	<p>zo kunnen uitmonden in een veralgemening van de IP-interconnectie in de zin van elke elektronische-communicatievorm (met inbegrip van de spraakcommunicatie in een 4G-omgeving). Niettemin heeft BEREC ook in dat gemeenschappelijke standpunt vastgesteld dat het stelsel van gespreksafgifte tegen betaling, dat traditioneel is in Europa, op korte en middellange termijn geschikt is, voor zover de gespreksafgiftetarieven sterk worden verlaagd krachtens een verplichting tot basering op bijna-marginale kosten (het "pure LRIC"-model) en daarom zeer geringe kosten²³. Het gemeenschappelijke standpunt slaat overigens enkel op de economische verdiensten van "bill and keep" zonder zich uit te spreken over de technische en juridische aspecten van de kwestie.</p>
<p>Au regard de cette position commune de l'ORECE, on pourrait s'attendre à ce que dans un futur encore indéterminé, le système « bill and keep » devienne une méthode de régulation préconisée au niveau européen en lieu et place du système « calling party network pays ». Une intervention sur le plan national, isolée et contraire au cadre réglementaire européen, ne semble toutefois pas recommandable à l'heure actuelle.</p>	<p>Ten aanzien van dit gemeenschappelijke standpunt van BEREC zou men kunnen verwachten dat binnen een nog onbepaalde toekomst het systeem van "bill and keep" een reguleringsmethode wordt die op Europees niveau wordt aanbevolen in plaats van het systeem van "calling party network pays". Een ingrijpen op nationaal vlak, op zichzelf staand en in strijd met het Europese regelgevingskader, lijkt op dit moment evenwel niet aanbevelenswaardig.</p>

Pour copie conforme:
 Pour le Conseil,

Vincent DESCHOENMAEKER
 Chef de section administratif au Greffe

Axel Desmet, Lid van de Raad
 Charles Cuvelliez, Lid van de Raad
 Catherine Ruitten, Lid van de Raad
 Luc Hindryckx, Voorzitter van de Raad

²⁰ Voir BEREC Common Statement, *op. cit.*, p. 6. A cet égard, l'IBPT note que les terminaisons d'appel mobiles se situent entre 2,46 et 2,92 €cent selon les opérateurs en 2012 et s'élèveront à 1.08 €cent pour tous les opérateurs en 2013, voir décision de l'IBPT du 29 juin 2010.

²¹ *Id.*, p. 1.

²³ Zie BEREC Common Statement, *op. cit.*, p. 6. In dat opzicht merkt het BIPT op dat de mobielgespreksafgiftetarieven naargelang van de operator tussen 2,46 en 2,92 €cent liggen in 2012 en zullen stijgen tot 1.08 €cent voor alle operatoren in 2013 ; zie besluit van het BIPT van 29 juni 2010.