

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.034/2/V
DU 30 AOÛT 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 18 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délais de 30 jours prorogé jusqu'au 2 septembre 2011 (*), sur l'amendement n° 1 et les sous-amendements n°s 2 et 3 à la proposition de loi « modifiant la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques en vue de garantir la neutralité des réseaux Internet » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n°s 53-1467/002 et 53-1467/003), a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 1^{er} août 2011.

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.034/2/V
VAN 30 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede vakantiekamer, op 18 juli 2011, door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 2 september 2011 (*), van advies te dienen over het amendement nr. 1 en de onderamendementen nrs. 2 en 3 bij het voorstel van wet “tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen” (*Parl.St.*, Kamer, 2010-2011, nrs. 53-1467/002 en 53-1467/003), heeft het volgende advies gegeven:

(*) Bij e-mail van 1 augustus 2011.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique des amendements, 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, les amendements appellent les observations ci-après.

Observations préalables

1. Avant toute autre observation, il convient de souligner que la demande d'avis porte exclusivement sur l'amendement n° 1 et les sous-amendements n^{os} 2 et 3 à la proposition de loi initiale.

Seuls cet amendement et ces sous-amendements ont donc été examinés et font l'objet des observations qui suivent.

La proposition de loi initiale n'a, pour sa part, pas été examinée.

2. L'amendement n° 1, ainsi que les deux sous-amendements soumis à l'avis de la section de législation touchent à des questions éminemment techniques, dans un cadre réglementaire européen dense et complexe.

Les développements relatifs à l'amendement et aux sous-amendements concernés contiennent pour leur part des considérations d'ordre très général qui ne permettent pas toujours d'appréhender avec précision toutes les situations que le texte en projet entend régler ni l'ensemble des implications pratiques des mesures envisagées.

Pour permettre un examen plus approfondi et effectif des dispositions proposées, au regard notamment des directives européennes en matière de communications électroniques ainsi qu'au regard de certains principes essentiels comme le principe de proportionnalité et la liberté de commerce et d'industrie, il eût été utile, voire nécessaire, que la section de législation puisse disposer de la possibilité de joindre une personne de référence, ayant une connaissance approfondie des dispositions proposées et de l'intention de leurs auteurs, et ce, afin d'obtenir toutes les informations jugées utiles pour la bonne compréhension et l'analyse des amendements concernés.

Sur ce point, il convient de rappeler que l'article 82, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 2 avril 2003, prévoit que la section de législation « peut, pendant toute la procédure, poser des questions ou entendre soit le fonctionnaire délégué ou le représentant du ministre, soit le délégué du président de l'assemblée concernée s'il s'agit d'une proposition de loi, de décret ou d'ordonnance, désigné par le Ministre ou le Président de l'Assemblée dans la demande d'avis ».

En l'espèce, la demande d'avis adressée à la section de législation ne comporte aucune désignation d'une personne déléguée en vue de répondre aux questions ou d'être entendue par la section de législation.

Par conséquent, l'examen des amendements concernés n'a donc pu se faire que sur la base des « développements » y afférents.

C'est dans cette limite que les amendements soumis à l'avis de la section de législation ont donc pu être examinés.

Les observations qui suivent sont faites sous cette réserve.

Observations générales

I. La nécessité d'une coopération dans l'exercice des compétences en matière d'infrastructure des communications

1. Dans son avis 41.711/VR donné en chambres réunies le 28 novembre 2006 sur un amendement du Gouvernement à l'avant-projet devenu la loi du 27 décembre 2006 'portant des dispositions diverses (II)' (amendement portant assentiment à l'accord de coopération en matière de réseaux de communications électroniques), la section de législation a rappelé ce qui suit :

« [...] La nécessité d'une coopération entre les différentes autorités dans l'exercice de leurs compétences respectives en matière d'infrastructure des communications électroniques repose sur deux motifs clairs.

Il résulte de la répartition des compétences que tant l'autorité fédérale que les communautés sont compétentes en ce qui concerne l'infrastructure des communications électroniques. En vertu des articles 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, et 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Constitution, ainsi que de l'article 4, 6^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone,

les communautés sont compétentes pour la radiodiffusion et la télévision. Cette compétence concerne également leurs aspects techniques et notamment aussi l'infrastructure des communications qui est utilisée à cet égard. En vertu de son pouvoir résiduel, l'autorité fédérale est compétente pour les autres formes de télécommunication, y compris également pour leurs aspects techniques, sans préjudice de la police générale des ondes radioélectriques¹ et de ses compétences en matière biculturelle dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Les progrès technologiques, notamment la convergence des secteurs de la télécommunication et de l'audiovisuel et l'utilisation conjointe de l'infrastructure de transmission, ont fait en sorte que les compétences respectives de l'État fédéral et des Communautés sont à ce point imbriquées qu'il est impensable que les autorités concernées les exercent sans plus de manière unilatérale. Tant la Cour d'arbitrage dans différents arrêts², que le Conseil d'État³, section de législation, dans différents avis, ont dès lors souligné la nécessité d'une coopération dans l'exercice des compétences respectives en matière d'infrastructure des communications. Selon la Cour d'arbitrage, cette nécessité d'une coopération résulte plus particulièrement du "principe de proportionnalité", qui implique en l'espèce que les autorités respectives ne prennent pas de décisions unilatérales en ce qui concerne cette infrastructure des communications⁴.

Sous l'angle du droit européen également, la coopération est absolument nécessaire. Selon la Cour d'arbitrage, les directives du 7 mars 2002 relatives aux réseaux et services de communication électronique disposent qu'en raison de la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, tous les réseaux et services de transmission doivent relever d'un même cadre réglementaire⁵. Au cas où il existe plusieurs autorités réglementaires au sein

¹ *Note de bas de page 1 de l'avis cité* : En ce qui concerne ce point particulier, voir notamment l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004 de la Cour d'arbitrage, B.4.2, alinéa 2, *in fine*, reproduit dans l'arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage, B.3.1.

² *Note de bas de page 2 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004; Cour d'arbitrage, n° 128/2005, 13 juillet 2005; Cour d'arbitrage n° 163/2006, 8 novembre 2006.

³ *Note de bas de page 3 de l'avis cité* : Avis 33.255/4 du 5 juin 2002 sur un projet devenu la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1937/1, 56-57; avis 33.865/4 du 13 novembre 2002 sur un projet devenu le décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n° 357/1, (140); avis 35.686/1/V du 31 juillet 2003 sur un projet devenu le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 modifiant certaines dispositions des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, et certaines autres dispositions relatives à la radiodiffusion et à la télévision, *Doc. parl.*, Parl. fl., 2003-2004, n° 2156/1, 87-88; avis 37.295/4 du 28 juin 2004 sur un avant-projet de loi "relatif aux communications électroniques", *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1425/1, 211-217; avis 37.660/3 du 28 septembre 2004 sur un projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, *Doc. parl.*, Comm. germ., 2004-2005, n° 35/1,(38); avis 38.451/1/2/3/4/VR, des 26, 27 et 31 mai 2005 sur un projet devenu la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1845/1, (179).

⁴ *Note de bas de page 4 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.6.2.

⁵ *Note de bas de page 5 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.5.2.

d'un État membre, les directives mentionnées imposent aux États membres de veiller à la coopération dans les sujets d'intérêt commun (article 3, paragraphe 4, de la directive-cadre 2002/21/CE)⁶.

[...] La nécessité d'une coopération, qui résulte tant des dispositions répartitrices de compétences que des directives européennes, implique qu'aucune des autorités concernées ne peut prendre de décisions unilatérales à l'égard d'une infrastructure qui est utilisée tant pour la transmission des programmes de radiodiffusion et de télévision, pour lesquels les Communautés sont compétentes, que pour les autres services de communications électroniques, qui relèvent de l'autorité fédérale »⁷.

S'agissant de l'intervention du législateur⁸ de l'un des niveaux de pouvoir compétents en matière de communications électroniques, la section de législation a déjà souligné que la coopération requise en vue d'adopter une « réglementation de commun accord » pouvait consister en d'autres modalités que la conclusion d'un accord de coopération, tel, par exemple, l'accord du Comité de concertation sur la législation en projet⁹.

Sur ce point, il convient d'avoir égard à l'article 9, alinéa 2, de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone 'relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision'¹⁰.

⁶ *Note de bas de page 6 de l'avis cité* : 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.

⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51 2761/011.

⁸ Sur la nécessité d'une coopération dans l'hypothèse de l'intervention du législateur, voir notamment R. Queck, P. Valcke et Q. Coppieters 't Wallant, « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004, percée ou impasse ? », note d'observations sous C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, *R.D.T.I.* 2005, n° 21, p. 70 : « Il ne faut pas seulement que soient mises sur pied des procédures de concertation et de coopération devant être suivies par les différents régulateurs [...] lors de l'exercice de leurs compétences distinctes, mais la Cour d'arbitrage exige aussi une coopération entre les législateurs lorsqu'ils établissent et déterminent les compétences de ces régulateurs (donc en amont de l'exercice par les régulateurs de leurs compétences) ».

⁹ Voir, à ce propos, l'avis 42.495/4 donné par la section de législation le 19 mars 2007 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 2 juillet 2007 'remplaçant les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion' annulés par la Cour d'arbitrage le 8 novembre 2006 (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., (2006-2007, n° 409/1, pp. 18-19).

¹⁰ Il a été donné assentiment à cet accord par la loi du 27 décembre 2006, le décret de la Communauté flamande du 4 mai 2007, le décret de la Communauté germanophone du 25 juin 2007 et le décret de la Communauté française du 2 juillet 2007.

Cet article 9, alinéa 2, prévoit que

« Le Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision a pour mission d'organiser de manière concertée, dans le respect des compétences de chacun et selon les modalités et procédures fixées en Comité de concertation, la consultation mutuelle relative aux initiatives respectives concernant la rédaction d'un projet de législation sur la radiodiffusion et les télécommunications ».

2. En l'espèce, les amendement et sous-amendements examinés entendent imposer des obligations notamment aux fournisseurs de réseaux en vue de garantir la neutralité des réseaux internet, tout en prévoyant certaines exceptions à ces obligations, notamment en vue de limiter une congestion, de garantir la sécurité et l'intégrité des réseaux, ou encore, en vue de permettre la mise en œuvre d'une disposition légale ou d'un ordre judiciaire.

Les textes à l'examen ont donc directement trait aux réseaux, c'est-à-dire aux infrastructures de communications électroniques.

En vertu des principes rappelés ci-avant, ils ne pourront être adoptés qu'en coopération avec les autres niveaux de pouvoirs concernés.

Le dossier communiqué au Conseil d'État ne fait pas état de ce que, et, *a fortiori*, n'établit pas que les textes examinés feraient suite à une telle coopération.

3. En conclusion, dans la mesure où les dispositions proposées concernent, de manière générale, des infrastructures de communications électroniques qui sont susceptibles d'être utilisées tant pour la transmission des programmes de radiodiffusion et de télévision, pour lesquels les Communautés sont compétentes, que pour les autres services de communications électroniques, qui relèvent de l'autorité fédérale, elles ne peuvent être adoptées unilatéralement par le législateur fédéral et nécessitent une coopération préalable entre les différents niveaux de pouvoir compétents.

C'est sous réserve de cette observation fondamentale que les observations générales et particulières qui suivent sont faites.

II. Transposition parcellaire de dispositions de droit européen

1. Le texte en projet se donne pour objet de transposer, de manière très parcellaire, plusieurs dispositions de directives européennes en matière de communications électroniques.

Ainsi, de manière générale, bien que les développements ne le mentionnent pas avec précision, dans l'intention des auteurs de l'amendement n° 1, ce dernier entend faire écho à l'article 8, paragraphe 4, g), de la 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' (ci-après : directive « cadre »), tel qu'ajouté par la directive 2009/140/CE, disposition de droit européen qui impose que « les autorités réglementaires nationales soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment [...] en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix ».

La transposition de cette disposition entend au demeurant être garantie plus spécifiquement par l'article 4 de la proposition amendée.

Par ailleurs, bien que les développements ne le précisent pas non plus, les articles 3, 5 et 6 de la proposition amendée ont, semble-t-il, pour objet de transposer respectivement l'article 22, paragraphe 3, l'article 20, paragraphe 1^{er}, b), 2^{ème} et 4^{ème} tirets, ainsi que l'article 21, paragraphes 1^{er} et 3, de la 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' (ci-après : directive « service universel »), telle que modifiée par la directive 2009/136/CE.

La proposition amendée a donc pour objet la transposition très partielle des directives modificatives 2009/136/CE et 2009/140/CE.

De ce constat découlent trois observations.

2. Les mesures de transposition envisagées sont extrêmement parcellaires et ne tiennent aucun compte des autres mesures qui seraient nécessaires pour assurer la transposition de l'ensemble des nombreuses dispositions des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE.

Ce procédé ne participe pas d'une bonne technique législative.

Afin d'appréhender au mieux, de la manière la plus cohérente et la plus appropriée, les nombreuses mesures nécessaires à la transposition de ces deux directives modificatives, lesdites mesures doivent être envisagées et élaborées dans un ensemble global.

Dans ce contexte, il se recommande donc d'envisager dans une seule et même réforme l'ensemble des mesures que nécessite la transposition des directives précitées et non pas, comme le font les dispositions proposées, de transposer quelques dispositions isolées.

3. Sous réserve de l'observation précédente, conformément à ce qu'exigent l'article 4, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2009/136/CE et l'article 5, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2009/140/CE, la proposition de loi telle qu'amendée doit être complétée par une disposition modifiant l'article 1^{er} de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' (ci-après « la loi du 13 juin 2005 »), de sorte que cette disposition mentionne que ladite loi a pour objet la transposition partielle des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE ¹¹.

4. Sous réserve, toujours, de l'observation générale I.1, comme la section de législation l'a rappelé à de nombreuses reprises, lorsqu'il est envisagé de transposer par un acte législatif une directive européenne, il est recommandé que le projet ou la proposition de loi emportant cette transposition soit accompagné de tableaux de transposition, et ce, afin de faciliter l'examen des dispositions proposées par les assemblées législatives concernées et la compréhension de ces dispositions par leurs destinataires.

Sur les modalités d'établissement, de communication et de publication de ces tableaux, il est renvoyé au *Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires* ¹².

¹¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », formule F-4-1-2-3.

¹² *Ibid.*, recommandations n^{os} 191 à 194.

Observations particulières

Article 2 de la proposition amendée

[amendement n°1 (DOC 53 1467/002) et sous-amendements n° 2 et 3 (DOC 53 1467/003)]

1. Les modifications que l'article 2 de la proposition de loi, tel qu'amendé par l'amendement n° 1 et les sous amendements n° 2 et 3, entend apporter à la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' (ci-après : la loi du 13 juin 2005) en vue de garantir la sécurité des réseaux internet sont les suivantes.

1.1. L'article 2 de la proposition de loi, tel qu'amendé par l'amendement n° 1, se donne pour objet d'insérer dans la loi du 13 juin 2005 un article 115/1 nouveau rédigé comme suit :

« Art. 115/1. § 1^{er}. Les fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques sur lesquels sont fournis des services d'accès à internet et les fournisseurs de services d'accès à internet n'entravent ni ne ralentissent aucun service ni aucune application sur internet, à moins que la mesure qui entrave ou ralentit les services ou applications soit nécessaire :

1° pour limiter les conséquences d'une congestion, des catégories identiques de trafic subissant un traitement identique, indépendamment du protocole ou d'autres modalités de la transmission utilisée, et pour autant que cette discrimination soit nécessaire au bon confort d'utilisation de tous les utilisateurs finals ;

2° à l'intégrité et à la sécurité du réseau et du service du fournisseur concerné ou du périphérique de l'utilisateur final ;

3° pour limiter la transmission à un utilisateur final de communications non sollicitées visées à l'article 114, moyennant le consentement préalable dudit utilisateur final ;

4° à la mise en œuvre d'une disposition légale ou d'un ordre judiciaire. L'obstruction ou le ralentissement n'a lieu que s'il est sans conséquence sur les autres services ou applications que les services ou applications visés ;

5° aux personnes visées à l'article 115.

§ 2. Si une atteinte à l'intégrité ou à la sécurité du réseau, du service ou du périphérique d'un utilisateur final, visée au § 1^{er}, 2°, est due au trafic provenant du périphérique d'un utilisateur final, avant de prendre une mesure ralentissant ou entravant le trafic, le fournisseur avertit l'utilisateur final concerné, de sorte que celui-ci ait l'occasion de mettre fin au dysfonctionnement. Si l'urgence empêche le fournisseur d'avertir l'utilisateur final avant de prendre la mesure, il le fait dans les meilleurs délais. Lorsqu'il s'agit d'un utilisateur final d'un autre fournisseur, la première phrase n'est pas applicable ».

Les développements relatifs à l'amendement n° 1 expliquent que cette disposition a, en substance, pour objet d'imposer aux fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques sur lesquels sont fournis des services d'accès à internet et aux fournisseurs de services d'accès à internet des obligations telles que soit consacré le droit des utilisateurs finals de décider eux-mêmes des contenus qu'ils veulent envoyer et recevoir et des services, applications, matériels et logiciels qu'ils veulent utiliser à cette fin, autrement dit des obligations de nature à garantir la « neutralité des réseaux internet ».

Il s'agit donc, selon les développements, de « maximaliser la liberté de choix et d'expression des utilisateurs finals sur internet ».

Dans ce cadre, toujours selon les développements de l'amendement n° 1, le texte proposé interdit aux opérateurs concernés « de proposer un service, consistant en un accès à (certains) services, (certaines) pages ou applications sur internet, en bloquant l'utilisation de certaines applications ou de certains services ».

Il s'agit donc de :

« limiter la liberté d'action des fournisseurs de services d'accès à l'internet en vue de garantir l'accès illimité et non restreint à l'internet tant aux fournisseurs de services (en ligne) qu'aux citoyens et aux entreprises. Il convient d'éviter que les fournisseurs d'accès à l'internet bloquent ou empêchent l'accès à certaines informations ou à certains services, ou la fourniture de ceux-ci. Le présent amendement tend à interdire le blocage ou le ralentissement de services ou d'applications sur l'internet. Il prévoit, primo, qu'aucun fournisseur ne peut bloquer ou ralentir les services ou les applications d'une partie donnée et, secundo, que le fournisseur ne peut pas non plus bloquer ou ralentir un service ou une application spécifique, par exemple en matière de téléphonie sur l'internet. Le présent amendement tend notamment à éviter les dommages que pourrait subir l'utilisateur final en cas de violation de la norme visée. Il prévoit par ailleurs que le fournisseur ne peut ni bloquer, ni ralentir le trafic à l'aide du matériel ou des logiciels utilisés »¹³.

Des exceptions sont toutefois prévues à cette interdiction générale en vue de limiter les conséquences d'une congestion, de garantir l'intégrité et la sécurité du réseau, du service ou du périphérique de l'utilisateur final, de limiter la transmission à l'utilisateur final de communications non sollicitées et de permettre la mise en œuvre d'une disposition légale ou d'un ordre judiciaire. Sont par ailleurs autorisées les restrictions nécessaires aux services d'urgence et aux services prioritaires, aux hôpitaux, médecins, pharmaciens et vétérinaires assurant un service de garde, aux invalides et malades qui nécessitent des soins spéciaux ainsi

¹³ *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53 1467/002, p. 4.

que handicapés, ainsi qu'à ASTRID, la société créée par la loi du 8 juin 1998 sur les radiocommunications des services de secours et de sécurité.

Ces exceptions sont, selon les développements, de stricte interprétation.

1.2. Pour sa part, le sous-amendement n° 1 entend ajouter à cet article 115/1 nouveau, un paragraphe 3 rédigé comme suit :

« § 3. Les fournisseurs de services d'accès à internet ne réclament pas de supplément pour l'utilisation de services ou d'applications spécifiques proposés au public par des tiers sur internet ».

Enfin, le sous-amendement n° 2 a pour objet d'ajouter à l'article 115/1 nouveau, un paragraphe 3 également, mais qui serait rédigé comme suit :

« § 3. Les fournisseurs d'accès à internet ne fixent pas le niveau des prix pour l'accès aux services internet en fonction des services et applications qui sont offerts ou utilisés via ces services ».

Dans l'intention de leurs auteurs, ces sous-amendements ont, en substance, pour objet d'interdire pour l'un, que les opérateurs fournisseurs d'accès à internet facturent aux utilisateurs finals des suppléments de prix en raison de l'utilisation, par l'utilisateur final, de services ou d'applications proposées sur le net par des tiers à l'opérateur, et, pour l'autre, à titre d'exemple, que les fournisseurs d'accès à internet facturent un prix plus élevé pour un accès à internet où la téléphonie sur internet est utilisée que pour un accès où tel n'est pas le cas.

Il ressort des développements des sous-amendements, que leurs auteurs visent ainsi à prohiber des suppléments de prix ou tarifs qui, dans leur thèse, seraient de nature à restreindre l'accès à internet et de porter atteinte au principe de neutralité que l'article 115/1, §§ 1^{er} et 2 proposés tend à instaurer et à garantir.

2. Selon les développements de l'amendement n° 1, ce principe de neutralité trouverait son fondement dans « le considérant 28 de la Directive 2009/136/CE ».

Ce considérant est ainsi libellé :

« Il appartient aux utilisateurs finals de décider des contenus qu'ils veulent envoyer et recevoir, des services, applications, matériels et logiciels qu'ils veulent utiliser à cette fin, et ce sans préjudice de la nécessité de préserver l'intégrité et la

sécurité des réseaux et des services. Un marché concurrentiel offrira aux utilisateurs un large choix de contenus, d'applications et de services. Les autorités réglementaires nationales devraient promouvoir la capacité des utilisateurs d'accéder à l'information et de la diffuser, ainsi que d'utiliser les applications et les services de leur choix, comme prévu par l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive 'cadre'). Compte tenu de l'importance croissante des communications électroniques pour les consommateurs et les entreprises, les utilisateurs devraient, en tout état de cause, être pleinement informés de toute limitation imposée par le fournisseur de service et/ou de réseau quant à l'utilisation de services de communications électroniques. Ces informations devraient préciser, au choix du fournisseur, soit le type de contenu, d'application ou de service concerné, soit des applications ou services déterminés, soit les deux. Selon la technologie utilisée et le type de limitation, ces limitations peuvent être subordonnées à un accord de l'utilisateur en vertu de la directive 2002/58/CE (directive 'vie privée et communications électroniques') ».

Plus fondamentalement, ce considérant renvoie lui-même à des dispositions précises de droit européen, notamment l'article 8 de la directive « cadre », disposition qui prévoit que

« 1. Les États membres veillent, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, à ce que les autorités réglementaires nationales prennent toutes les mesures raisonnables visant à la réalisation des objectifs définis aux paragraphes 2, 3 et 4. Ces mesures sont proportionnées à ces objectifs.

[...]

2. Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment :

a) en veillant à ce que les utilisateurs, y compris les personnes handicapées, les personnes âgées et les personnes ayant des besoins sociaux spécifiques, retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité ;

b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu ;

c) [...] ;

d) en encourageant l'utilisation et la gestion efficaces des radiofréquences et des ressources de numérotation.

3. Les autorités réglementaires nationales contribuent au développement du marché intérieur, notamment :

- a) en supprimant les derniers obstacles à la fourniture de réseaux de communications électroniques, de ressources et services associés et de services de communications électroniques au niveau européen ;
- b) en encourageant la mise en place et le développement de réseaux transeuropéens et l'interopérabilité des services paneuropéens et la connectivité de bout en bout ;
- c) [...] ;
- d) en coopérant entre elles ainsi qu'avec la Commission et l'ORECE, afin d'assurer le développement de pratiques réglementaires cohérentes et l'application cohérente de la présente directive et des directives particulières.

4. Les autorités réglementaires nationales soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment :

- a) en assurant à tous l'accès à un service universel spécifié dans la directive 2002/22/CE (directive 'service universel') ;
- b) en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs, en particulier en garantissant l'existence de procédures de règlement des litiges simples et peu coûteuses mises en oeuvre par un organisme indépendant des parties concernées ;
- c) en contribuant à assurer un niveau élevé de protection des données à caractère personnel et de la vie privée ;
- d) en encourageant la fourniture d'informations claires, notamment en exigeant la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public ;
- e) en répondant aux besoins de groupes sociaux particuliers, notamment des personnes handicapées, des personnes âgées et des personnes ayant des besoins sociaux spécifiques ;
- f) en garantissant l'intégrité et la sécurité des réseaux de communications publics ;
- g) en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix.

5. Afin de poursuivre les objectifs visés aux paragraphes 2, 3 et 4, les autorités réglementaires nationales appliquent des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, dont les suivants :

- a) promouvoir la prévisibilité réglementaire en assurant une approche réglementaire cohérente sur des périodes de révision appropriées ;
- b) veiller à ce que, dans des circonstances similaires, il n'y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux et services de communications électroniques ;
- c) préserver la concurrence au profit des consommateurs et promouvoir, s'il y a lieu, une concurrence fondée sur les infrastructures ;
- d) promouvoir des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées, notamment en veillant à ce que toute obligation d'accès tienne dûment compte du risque encouru par les entreprises qui investissent et en permettant diverses modalités de coopération entre les investisseurs et ceux qui recherchent un accès, afin de diversifier le risque d'investissement, tout en veillant à ce que la concurrence sur le marché et le principe de non discrimination soient respectés ;
- e) tenir dûment compte de la diversité des situations en matière de concurrence et de consommation dans les différentes zones géographiques d'un État membre ;
- f) n'imposer des obligations de réglementation *ex ante* que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite ».

Il résulte de cet article 8 et du considérant cité dans les développements ce qui suit :

1° Par l'article 8, § 4, g), de la « directive cadre », le législateur européen a imposé que les autorités réglementaires des États membres « favorisent » la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix : le terme « favoriser » implique une obligation, non pas de résultat, mais plutôt une obligation de moyen, en termes d'objectifs à poursuivre. Le verbe « promouvoir », utilisé dans le considérant 28 de la directive 2009/136/CE va dans le même sens.

Par ailleurs, il ressort de ce considérant tout entier que, dans l'esprit du législateur européen, d'une part, c'est avant tout au marché de permettre la liberté de choix de l'utilisateur final et que, d'autre part, toute limitation ou blocage par l'opérateur n'est pas exclu en principe, l'essentiel étant que l'utilisateur final ait accès aux informations relatives aux limitations imposées par l'opérateur, informations qui « devraient préciser, au choix du fournisseur, soit le type de contenu, d'application ou de service concerné, soit des applications ou services déterminés, soit les deux »¹⁴.

2° La circonstance que la « neutralité du net » ne doit pas être analysée, de *lege lata*, comme une obligation de résultat absolue de droit européen, mais plus comme un objectif à atteindre, résulte encore de la lecture de l'ensemble de l'article 8 de la directive « cadre » : ainsi, les objectifs qui sont énumérés à cette disposition doivent être poursuivis par des « mesures raisonnables » dont la « proportionnalité » doit être démontrée¹⁵.

En outre, le paragraphe 5 dudit article 8 impose aux autorités réglementaires nationales, lorsqu'elles poursuivent les objectifs énumérés aux paragraphes précédents, d'appliquer « des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés », dont certains sont énumérés à ce paragraphe, parmi les lesquels, notamment le fait de 'tenir dûment compte de la diversité des situations en matière de concurrence et de consommation dans les différentes zones géographiques d'un État membre' et le fait de « n'imposer des obligations de réglementation *ex ante* que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite ».

Par ailleurs, il convient d'avoir égard au fait que le cadre réglementaire européen en vigueur, issu notamment des modifications apportées par les directives 2009/136/CE et 2009/140/CE, comporte un arsenal de mesures - non encore transposées en droit belge - qui tendent, ensemble, à « favoriser » ou à « promouvoir » la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix. L'on peut citer, à titre d'exemple, les dispositions visant à consolider le marché intérieur¹⁶, les mesures destinées à assurer la communication d'informations pertinentes aux utilisateurs finals aux fins de leur permettre de prendre les

¹⁴ Autre est la question de savoir selon quelles modalités et dans quelle mesure ou limite les États membres pourraient eux-mêmes prendre ou imposer des mesures restrictives concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation. Sur ce point, il convient de se référer à l'article premier, paragraphe 3bis, nouveau de la directive « cadre », qui renvoie aux droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et n'autorise les mesures restrictives, qu'à certaines conditions procédurales et de fond.

¹⁵ Article 8, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} de la directive « cadre ».

¹⁶ Voir notamment, à ce propos, l'article 7 de la directive « cadre ».

décisions les concernant en meilleure connaissance de cause¹⁷, les dispositions en matière d'exigences de qualité des services¹⁸, les dispositions visant à faciliter et accélérer le changement de fournisseur en ce qui concerne les abonnés dotés de numéros du plan national de numérotation téléphonique¹⁹ et celles ayant pour objet la facilitation du règlement des litiges par voie extra judiciaire²⁰⁻²¹.

C'est à l'ensemble de ces principes et règles que fait écho la toute récente communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des Régions, sur « L'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe »²², communication dont la conclusion mérite d'être reproduite :

« CONCLUSION

L'importance de maintenir Internet ouvert, soulignée dans la déclaration de la Commission, a été largement reconnue dans la consultation publique et le sommet conjoint Commission-Parlement. La Commission réaffirme son engagement à atteindre cet objectif et à assurer le maintien d'un Internet solide, sans garantie de performances, auquel chacun a accès.

La Commission est d'avis que les règles relatives à la transparence, au changement d'opérateur et à la qualité de service, qui font partie du cadre révisé de l'UE en matière de télécommunications, devraient contribuer à produire des résultats concurrentiels.

Étant donné que les États membres sont toujours en phase de transposition de ce cadre révisé en droit national, il est importe de prévoir un délai suffisant pour

¹⁷ Voir notamment, à ce propos, l'article 20 de la directive « service universel » en ce qui concerne les contrats, l'article 21 de la même directive en ce qui concerne la transparence et la publication des informations en général, et l'article 22, paragraphes 1^{er} et 2, de cette directive également, relatifs à la communication des informations en matière de qualité des services. Voir aussi et toujours à titre d'exemple les dispositions en matière d'exigences de qualité des services, notamment l'article 22, paragraphe 3, de la directive « service universel ». L'on rappellera à ce propos que la proposition amendée vise à transposer certaines des dispositions contenues dans ces articles.

¹⁸ Voir à titre d'exemple l'article 22, paragraphe 3, de la directive « service universel », disposition que la proposition amendée tend également à transposer.

¹⁹ Voir, à ce titre, l'article 30 de la directive « service universel ».

²⁰ Voir, à cet égard, l'article 34 de la directive « service universel ».

²¹ Voir, sur ces différentes mesures, et plus généralement, sur la « neutralité du Net », le rapport d'information « sur la neutralité de l'internet et des réseaux », déposé à l'Assemblée nationale française par la Commission des Affaires économiques et présenté par Mmes Erhel, présidente, et de La Raudière, députée, le 13 avril 2011, *Doc. Assemblée nationale*, Constitution du 4 octobre 1958, 13^e législature, n° 3336 (spéc. p. 49, en ce qui concerne le droit européen).

²² COM(2011) 222 final, 19 avril 2011.

l'application de ces dispositions et d'analyser comment elles seront mises en œuvre dans la pratique.

En outre, comme indiqué plus haut, les données tirées de la consultation publique étaient incomplètes ou imprécises sur nombre de points qui sont essentiels pour appréhender la situation actuelle dans l'Union européenne. C'est pourquoi la Commission, avec l'ORECE, étudie actuellement plusieurs questions que le processus de consultation a fait ressortir, en particulier les obstacles au changement d'opérateur (par exemple, la durée moyenne au-delà de laquelle un client est autorisé à résilier un contrat de post-paiement et les éventuelles pénalités appliquées), les pratiques de blocage et de limitation et les pratiques commerciales ayant un effet équivalent, la transparence et la qualité de service ainsi que les problèmes de concurrence relatifs à la neutralité d'Internet (par exemple, les pratiques discriminatoires des opérateurs en position dominante).

À cet égard, la Commission se réserve le droit d'examiner, en vertu des articles 101 et 102 du TFUE, tout comportement, relativement à la gestion du trafic, susceptible de limiter ou de fausser la concurrence.

Pistes pour l'avenir

La Commission va publier, d'ici à la fin de l'année, les informations que les enquêtes de l'ORECE auront fournies, y compris concernant les cas de blocage ou de limitation de certains types de trafic.

Sur la base de ces informations et de la mise en œuvre des dispositions du cadre applicable aux télécommunications, la Commission prendra une décision, en priorité, relativement à des orientations supplémentaires sur la neutralité d'Internet.

Si des problèmes importants et persistants sont avérés et si l'ensemble du système – comprenant les multiples opérateurs – ne permet pas aisément aux consommateurs d'accéder aux contenus – et d'en diffuser – ainsi qu'aux services et applications de leur choix à l'aide d'un seul abonnement à Internet, la Commission déterminera s'il faut prendre des mesures plus contraignantes pour que la concurrence s'exerce et que les consommateurs aient le choix qu'ils méritent. La transparence et la facilité à changer d'opérateur sont des éléments déterminants pour les consommateurs lorsqu'ils choisissent un FSI ou en changent, mais ne sont peut-être pas des instruments adaptés pour remédier aux restrictions de services ou d'applications licites.

Ces mesures supplémentaires peuvent prendre la forme d'orientations ou de mesures législatives générales pour renforcer la concurrence et élargir le choix des consommateurs, par exemple en facilitant le changement d'opérateur ou, si cela s'avérait insuffisant, en imposant à tous les FSI, indépendamment de leur puissance sur le marché, des obligations concernant spécifiquement la différenciation injustifiée du trafic sur Internet. Cela pourrait comprendre l'interdiction de bloquer des services licites.

La neutralité d'Internet touche à plusieurs des droits et principes consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE, en particulier au respect de la vie privée et familiale, à la protection des données personnelles et à la liberté d'expression et d'information. C'est pourquoi toute proposition législative en la matière fera l'objet d'une analyse approfondie de son incidence sur les droits fondamentaux et de sa conformité à la Charte de l'UE.

Toute réglementation supplémentaire doit éviter de dissuader l'investissement ou les modèles d'entreprise innovants, aboutir à une utilisation plus efficace des réseaux et à la création de nouveaux débouchés aux différents niveaux de la chaîne de valeur Internet, tout en garantissant aux consommateurs les avantages d'un choix de produits d'accès à Internet répondant à leurs besoins.

En parallèle, la Commission poursuivra son dialogue avec les États membres et les parties prenantes pour assurer un développement rapide du haut débit, qui permettrait de réduire la pression sur le trafic de données ».

Il résulte de cette communication, qui s'inscrit dans la droite ligne des dispositions rappelées ci-avant, qu'avant d'envisager de modifier ou de compléter le cadre réglementaire européen afin d'imposer, *ex ante*, des interdictions de blocage et d'entrave, la Commission européenne s'assurera que d'autres mesures moins lourdes ou radicales, notamment certaines mesures que nécessite la transposition des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE²³ n'ont pas permis d'atteindre, ou d'atteindre à suffisance, via le marché, l'objectif visé à l'article 8, paragraphe 4, g), de la directive « cadre ».

En tout état de cause, et indépendamment des affirmations contenues dans la communication de la Commission européenne, toute mesure d'un État membre visant à atteindre l'objectif visé à l'article 8, paragraphe 4, g), de la directive « cadre » doit être objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée. Elle doit également respecter les principes énumérés à l'article 8, paragraphe 5, de la directive « cadre ».

3.1. En l'espèce, au regard des principes qui figurent à l'article 8, paragraphes 1^{er} et 5, de la directive « cadre », la proposition amendée appelle plusieurs observations.

3.2. Tout d'abord, il n'apparaît pas dans l'état actuel des informations dont dispose le Conseil d'État que la proposition tiendrait effectivement compte de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée des principes énumérés à l'article 8, paragraphe 5, de la directive-cadre, ni, *a fortiori*, qu'elle serait basée sur un

²³ Spécialement des dispositions de ces directives qui tendent à favoriser le libre choix de l'utilisateur final en termes de services et d'application.

examen effectif et complet de sa portée et de ses effets au regard de ce qu'implique la mise en œuvre de ces principes.

Ainsi, à titre d'exemple, l'on relève plus spécialement que le dossier communiqué au Conseil d'État ne permet pas d'établir qu'il aurait été tenu « dûment compte de la diversité des situations en matière de concurrence et de consommation dans les différentes zones géographiques d'un État membre », ni même que l'existence d'une telle diversité éventuelle aurait été examinée ²⁴.

De même, s'agissant d'imposer ici des obligations *ex ante* aux opérateurs, il n'apparaît pas du dossier que la proposition amendée se fonderait sur une étude technique et économique documentée démontrant qu'il n'existerait pas une concurrence efficace et durable de nature à garantir l'objectif poursuivi ²⁵ ; or, cette question s'avère d'autant plus essentielle et cruciale qu'il ressort de la communication de la Commission européenne dont la conclusion a été reproduite plus haut que, en dépit même d'une consultation publique ²⁶ au niveau européen, la Commission européenne n'a pas pu déterminer avec exactitude quel était l'état du marché, ni quelle était l'étendue réelle et concrète des difficultés en matière de blocage et d'entrave. Sur ce point, il faut constater que les développements de l'amendement n°1 ne contiennent, pour leur part, que des considérations générales relatives à « plusieurs opérateurs » ²⁷, considérations qui ne sont pas de nature à établir le respect des conditions imposées par le droit européen, spécialement l'article 8, paragraphe 5, f), de la directive « cadre ».

Toujours à titre d'exemple, il ne semble pas avoir été tenu compte, non plus, du principe de « prom[otion] des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées, notamment en veillant à ce que toute obligation d'accès tienne dûment compte du risque encouru par les entreprises qui investissent et en permettant diverses modalités de coopération entre les investisseurs et ceux qui recherchent un accès, afin de diversifier le risque d'investissement, tout en veillant à ce que la concurrence sur le marché et le principe de non discrimination soient respectés » ²⁸.

²⁴ Voir, à ce propos, l'article 8, paragraphe 5, e), de la directive « cadre ».

²⁵ Voir, à ce propos, l'article 8, paragraphe 5, f), de la directive « cadre ».

²⁶ Il ne ressort pas du dossier transmis au Conseil d'État que le texte ici examiné aurait été précédé d'une telle consultation.

²⁷ *Doc., parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53 1467/02, p. 4.

²⁸ Voir à ce propos l'article 8, paragraphe 5, d), de la directive « cadre ». Voir, dans le même sens, la conclusion de la communication de la Commission européenne COM (2011) 222, qui mentionne que, dans le cadre des mesures à prendre éventuellement dans le futur, il conviendra d'éviter de « dissuader l'investissement ou les modèles d'entreprise innovants ».

3.3. De manière plus générale, à défaut d'autres précisions et de documents ou informations plus complets, détaillés et concrets, il n'est pas possible d'établir si les mesures envisagées revêtent un caractère « raisonnable » ni si elles satisfont aux exigences européennes de « proportionnalité »²⁹.

Sur ce point, il y a lieu de relever que la proposition amendée autorise elle-même certaines exceptions au principe de neutralité qu'elle entend imposer, exceptions qui se situent dans la ligne d'autres objectifs poursuivis par le cadre réglementaire européen, comme, par exemple, l'intégrité et la sécurité du réseau, ou les exceptions nécessaires aux services de secours.

Toutefois, les conditions mises à ces exceptions apparaissent très strictes et ne prennent pas en considération certains éléments, notamment, leur faisabilité technique. Ainsi, l'exception autorisée à l'article 115/1, § 1^{er}, 1^o, est subordonnée au fait que la mesure soit nécessaire au « bon confort » d'utilisation de « tous » les utilisateurs finals ; de même, l'exception autorisée à l'article 115/1, § 1^{er}, 4^o, qui permet la restriction nécessaire à la mise en œuvre d'une disposition légale ou d'un d'ordre judiciaire, est subordonnée au fait que l'obstruction ou le ralentissement soit « sans conséquence sur les autres services ou applications que les services ou applications visés ».

Dans le même ordre d'idées, force est de constater que les mesures tarifaires proposées par les sous-amendements n° 2 et 3 revêtent un caractère général et absolu. Notamment, elles ne prennent pas en considération ou ne paraissent pas tenir compte d'éventuels coûts supplémentaires qu'engendrerait, pour les opérateurs, l'accès aux services et applications considérés.

3.4. Enfin, les exceptions définies dans l'amendement n° 1 sont parfois de nature imprécise ou difficilement compréhensible, ce qui nuit au caractère transparent³⁰ des mesures envisagées et à leur prévisibilité³¹.

Ainsi, par exemple, le Conseil d'État se demande quelle est la portée exacte de l'article 115/1, § 2, proposé en ce qui concerne spécialement les utilisateurs finals « d'un autre fournisseur ».

²⁹ Sur les exigences de proportionnalité et de caractère raisonnable des mesures, voir notamment l'article 8, paragraphe 1, de la directive « cadre ».

³⁰ Sur le principe de transparence, voir notamment l'article 8, paragraphe 5, phrase introductive, de la directive « cadre ».

³¹ Sur l'exigence de « prévisibilité réglementaire », voir l'article 8, paragraphe 5, a), de la directive « cadre ».

4. En conclusion, l'ensemble de l'article 115/1 proposé devrait être revu à la lumière des observations qui précèdent.

À cet égard, à l'aune de la communication de la Commission européenne COM (2011) 222, il est permis de s'interroger : n'y aurait-il pas lieu, plus fondamentalement et avant de légiférer dans le sens de la proposition amendée, de veiller, en premier lieu, à la transposition complète et effective des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE et d'examiner ensuite, sur la base d'études économiques précises, quel est l'état du marché, et si l'objectif poursuivi n'a pas pu être atteint par les mesures de transposition ?

Article 3 de la proposition amendée
[amendement n° 1 (DOC 53 1467/002)]

Comme mentionné ci-avant, l'article 3 de la proposition amendée a vraisemblablement pour objet de transposer l'article 22, paragraphe 3, de la directive « service universel ».

Il convient toutefois de relever que cette disposition de droit européen impose aux États membres de veiller à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure de « fixer les exigences minimales en matière de qualité de service imposées à une entreprise ou à des entreprises fournissant des réseaux de communications publics ».

Or, la disposition à l'examen entend, pour sa part, permettre à l'Institut d'imposer des exigences minimales non pas aux fournisseurs de réseaux de communications publics, mais aux « fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ».

Le texte proposé doit être revu afin de se conformer à la disposition de droit européen rappelée ci-avant.

Article 4 de la proposition amendée
[amendement n° 1 (DOC 53 1467/002)]

À la lecture de la loi du 13 juin 2005 et compte tenu du but poursuivi par la disposition à l'examen, tel qu'exprimé dans les développements de l'amendement n° 1, il apparaît que contrairement à ce qui est mentionné dans la phrase liminaire de l'article 4 ici examiné, cette disposition n'a pas pour objet de modifier l'article 9 de la loi précitée du 13 juin 2005, mais bien son article 8.

Par ailleurs, bien que les développements de l'amendement ne le précisent pas, il ressort de l'examen des directives européennes en matière de communications électroniques qu'en réalité la disposition à l'examen a pour objet de transposer une disposition précise de ces directives, à savoir l'article 8, paragraphe 4, g), de la directive « cadre ».

Pour rappel, cette disposition de droit européen impose que

« Les autorités réglementaires nationales soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment :

[...]

g) en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix ».

Afin de garantir de manière optimale la transposition de cette disposition, ainsi que la sécurité juridique, la modification en projet devrait être rédigée en s'inspirant plus fidèlement de la disposition de droit européen qu'elle transpose.

Plus spécialement, il convient en tout cas de remplacer, dans le texte en projet, le mot « consommateur » par le mot « utilisateur final » : en effet, la disposition à l'examen entend donner des garanties au « consommateur », alors que l'article 8, paragraphe 4, g), précité, entend protéger les « utilisateurs finals » ; or, ces notions revêtent des sens différents, tant en droit européen qu'en droit interne³².

³² Voir à ce propos les définitions données de l'« utilisateur final » et du « consommateur » respectivement par l'article 2, i) (« consommateur ») et n) (« utilisateur final »), de la directive « cadre », et par l'article 2, 13° (« utilisateur final ») et 14° (« consommateur »), de la loi du 13 juin 2005.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het vervangen is bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voormelde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van de amendementen, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geven de amendementen aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaande opmerkingen

1. Voordat enige andere opmerking gemaakt wordt, dient te worden aangegeven dat de adviesaanvraag alleen betrekking heeft op amendement nr. 1 en op de subamendementen nummers 2 en 3 op het oorspronkelijke wetsvoorstel.

Alleen dat amendement en die subamendementen zijn dan ook onderzocht en geven aanleiding tot de onderstaande opmerkingen.

Het oorspronkelijke wetsvoorstel, zijnerzijds, is niet onderzocht.

2. Amendement nr. 1 en de beide subamendementen die ter fine van advies aan de afdeling Wetgeving voorgelegd zijn, houden verband met buitengewoon technische kwesties binnen een gestoffeerd en ingewikkeld Europees reglementair kader.

De toelichtingen betreffende het amendement en de subamendementen in kwestie bevatten hunnerzijds overwegingen van zeer algemene aard die het niet altijd mogelijk maken nauwkeurig in te schatten welke situaties bij de ontworpen tekst geregeld worden of wat de voorgenen maatregelen allemaal in de praktijk kunnen meebrengen.

Om een grondiger en effectiever onderzoek van de voorgestelde bepalingen mogelijk te maken, inzonderheid in het licht van de Europese richtlijnen inzake elektronische communicatie en in het licht van bepaalde wezenlijke beginselen zoals het proportionaliteitsbeginsel en de vrijheid van handel en nijverheid, was het dienstig, ja zelfs nodig geweest dat de afdeling Wetgeving kon beschikken over de mogelijkheid om contact op te nemen met een referentiepersoon met een grondige kennis van de voorgestelde bepalingen en van de bedoeling van de indieners ervan, zulks om alle inlichtingen in te winnen die dienstig geacht worden voor een goed begrip en het onderzoek van de amendementen in kwestie.

In dit verband dient erop te worden gewezen dat artikel 82, tweede lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, zoals gewijzigd bij de wet van 2 april 2003, bepaalt dat de afdeling Wetgeving “gedurende gans de procedure vragen (kan) stellen of horen hetzij de gemachtigde ambtenaar of de vertegenwoordiger van de minister, of indien het gaat om een voorstel van wet, decreet of ordonnantie, de gemachtigde van de voorzitter van de betrokken vergadering die, in de vraag om advies, aangeduid werd door de minister of de voorzitter van de vergadering”.

In casu bevat de adviesaanvraag die aan de afdeling Wetgeving gericht is, geen enkele vermelding van een persoon die gemachtigd is om te antwoorden op de vragen of om door de afdeling Wetgeving gehoord te worden.

Bijgevolg heeft de afdeling Wetgeving de amendementen in kwestie alleen kunnen onderzoeken op basis van de "toelichting" die daarop betrekking heeft.

De afdeling Wetgeving heeft de amendementen die *ter fine* van advies aan haar voorgelegd zijn, dan ook slechts binnen die perken kunnen onderzoeken.

De hierna volgende opmerkingen worden onder dat voorbehoud gemaakt.

Algemene opmerkingen

I. De noodzaak tot samenwerking in de uitoefening van de bevoegdheden inzake de communicatie-infrastructuur

1. De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 41.711/VR, dat ze op 28 november 2006 in verenigde kamers heeft gegeven over een amendement van de regering op het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 27 december 2006 ‘houdende diverse bepalingen (II)’ (een amendement houdende instemming met het samenwerkingsakkoord elektronische communicatienetwerken), op het volgende gewezen:

“[...] Voor de noodzaak tot samenwerking tussen de verschillende overheden bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, bestaan er twee duidelijke redenen.

Uit de bevoegdheidsverdeling blijkt dat zowel de federale overheid als de gemeenschappen bevoegd zijn met betrekking tot de elektronische communicatie-infrastructuur. Op grond van de artikelen 127, § 1, eerste lid, 1°, en 130, § 1, eerste lid, 1°, van de Grondwet, van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en van artikel 4, § 1, van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap zijn de gemeenschappen bevoegd voor de radio-omroep en de televisie. Deze bevoegdheid heeft ook betrekking op de technische aspecten ervan en onder meer ook op de

communicatie-infrastructuur die daarbij wordt gebruikt. De federale overheid is op grond van haar residuaire bevoegdheid bevoegd voor de andere vormen van telecommunicatie, eveneens met inbegrip van de technische aspecten ervan, onverminderd de algemene politie van de radio-elektrische golven¹ en haar bevoegdheden voor biculturele aangelegenheden in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. Door de technologische ontwikkelingen, met name door de convergentie van de telecommunicatie- en de audiovisuele sector en het gezamenlijk gebruik van transmissie-infrastructuur, zijn de respectieve bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen dermate onderling verweven, dat het niet denkbaar is dat de betrokken overheden ze zonder meer eenzijdig zouden uitoefenen. Zowel het Arbitragehof, in verschillende arresten², als de Raad van State, afdeling wetgeving, in verschillende adviezen³, hebben dan ook de noodzaak van samenwerking benadrukt in de uitoefening van de respectieve bevoegdheden inzake de communicatie-infrastructuur. Volgens het Arbitragehof volgt deze noodzaak tot samenwerking meer bepaald uit het 'evenredigheidsbeginsel', dat *in casu* impliceert dat de respectieve overheden inzake deze communicatie-infrastructuur geen eenzijdige beslissingen nemen⁴.

Ook vanuit Europeesrechtelijk oogpunt is er een dwingende noodzaak tot samenwerking. Volgens het Arbitragehof bepalen de Europese richtlijnen van 7 maart 2002 betreffende de elektronische communicatienetwerken en -diensten dat, ten gevolge van de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie, alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen⁵. Wanneer er binnen een lidstaat verscheidene regelgevende instanties bestaan, leggen de vermelde richtlijnen de lidstaten de verplichting op te zorgen voor samenwerking in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang (artikel 3, lid 4, van de Kaderrichtlijn 2002/21/EG)⁶.

¹ Voetnoot 1 van het geciteerde advies: Wat dat bijzondere punt betreft, zie inzonderheid arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004 van het Arbitragehof, B.4.2, tweede lid, *in fine*, overgenomen in arrest nr. 163/2006 van 8 november 2006 van het Arbitragehof, B.3.1.

² Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Arbitragehof, nr. 132/2004, 14 juli 2004; Arbitragehof, nr. 128/2005, 13 juli 2005; Arbitragehof, nr. 163/2006, 8 november 2006.

³ Voetnoot 3 van het geciteerde advies: Advies 33.255/4 van 5 juni 2002 over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 17 januari 2003 "met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector", *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1937/1, 56-57; advies 33.865/4 van 13 november 2002 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 27 februari 2003 van de Franse Gemeenschap "sur la radiodiffusion", *Parl.St.* Parl. Fr. Gem. 2002-03, nr. 357/1, (140); advies 35.686/1/V van 31 juli 2003 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 7 mei 2004 van de Vlaamse Gemeenschap "houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie", *Parl.St.* Vl. Parl. 2003-04, nr. 2156/1, 87-88; advies 37.295/4 van 28 juni 2004 over een voorontwerp van wet "betreffende de elektronische communicatie", *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1425/1, 211-217; advies 37.660/3 van 28 september 2004 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 27 juni 2005 van de Duitstalige Gemeenschap "über den Rundfunk und die Kinovorstellungen", *Parl.St.* Parl. Duitst. Gem. 2004-05, nr. 35/1, (38); advies 38.451/1/2/3/4/VR, van 26, 27 en 31 mei 2005 over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 20 juli 2005 "houdende diverse bepalingen", *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1845/1, (179).

⁴ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Arbitragehof, nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.6.2.

⁵ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Arbitragehof, nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.5.2.

⁶ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

[...] De noodzaak tot samenwerking, die zowel uit de bevoegdheidsverdelende bepalingen als uit Europese richtlijnen volgt, impliceert dat geen van de betrokken overheden eenzijdige beslissingen kan nemen ten aanzien van een infrastructuur die gebruikt wordt voor de transmissie van zowel de radio-omroep- en televisieprogramma's, waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn, als voor de andere elektronische communicatiediensten, waarvoor de federale overheid bevoegd is”⁷.

In verband met het optreden van de wetgever⁸ van een van de bevoegdheidsniveaus die bevoegd zijn voor elektronische communicatie, heeft de afdeling Wetgeving al benadrukt dat de vereiste samenwerking met het oog op het aannemen van een “gemeenschappelijke regeling” kon bestaan in andere nadere regels dan het sluiten van een samenwerkingsakkoord, zoals bijvoorbeeld het akkoord van het Overlegcomité over de ontworpen wetgeving⁹.

Wat dit punt betreft, dient rekening te worden gehouden met artikel 9, tweede lid, van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap ‘betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie’¹⁰.

Dat artikel 9, tweede lid, luidt als volgt:

"Het Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-omroep en Televisie heeft tot taak om in onderling overleg en met respect voor ieders bevoegdheid, volgens de modaliteiten en procedures zoals vastgelegd binnen het Overlegcomité, de wederzijdse consultatie te organiseren omtrent mekaars initiatieven inzake het opstellen van ontwerpregelgeving met betrekking tot omroep en telecommunicatie".

⁷ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51 2761/011.

⁸ Voor de noodzaak van samenwerking in geval van een optreden van de wetgever wordt inzonderheid verwezen naar R. QUECK, P. VALCKE en Q. COPPIETERS 't WALLANT, “L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse?”, noot onder Arbitragehof, 14 juli 2004, nr 132/2004, *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2005, nr. 21, blz. 70:

« Il ne faut pas seulement que soient mises sur pied des procédures de concertation et de coopération devant être suivies par les différents régulateurs (...) lors de l'exercice de leurs compétences distinctes, mais la Cour d'arbitrage exige aussi une coopération entre les législateurs lorsqu'ils établissent et déterminent les compétences de ces régulateurs (donc en amont de l'exercice par les régulateurs de leurs compétences) ».

⁹ Zie in dit verband advies 42.495/4, dat op 19 maart 2007 door de afdeling Wetgeving is gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 juli 2007 ‘tot vervanging van de artikelen 81 tot 83 en 90 tot 98 van het decreet van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep’, vernietigd door het Arbitragehof op 8 november 2006 (*Parl.St.* Fr. Gem. Parl. 2006-07, nr. 409/1, 18-19).

¹⁰ Met dat akkoord is ingestemd bij de wet van 27 december 2006, het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 4 mei 2007, het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 25 juni 2007 en het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 juli 2007.

2. *In casu* strekken het voorliggende amendement en de voorliggende subamendementen ertoe aan inzonderheid de aanbieders van netwerken verplichtingen op te leggen met het oog op het waarborgen van de neutraliteit van de internetnetwerken, terwijl ze voorzien in bepaalde uitzonderingen op die verplichtingen, inzonderheid ter beperking van congestie, ter waarborging van de veiligheid en de integriteit van de netwerken of nog om de uitvoering van een wettelijke bepaling of een rechterlijk bevel mogelijk te maken.

De voorliggende teksten hebben dus rechtstreeks betrekking op de netwerken, dat wil zeggen op de infrastructuren voor elektronische communicatie.

Krachtens de beginselen waaraan hiervoren herinnerd is, kunnen die teksten alleen aangenomen worden in samenwerking met de andere betrokken bevoegdheidsniveaus.

Het dossier dat aan de Raad van State overgezonden is, vermeldt niet dat en *a fortiori* blijkt eruit niet dat de voorliggende teksten het gevolg zouden zijn van zo een samenwerking.

3. Kortom, voor zover de voorgestelde bepalingen in het algemeen betrekking hebben op infrastructuur voor elektronische communicatie die gebruikt kunnen worden zowel voor het uitzenden van radio- en televisieprogramma's, waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn, als voor de overige diensten van elektronische communicatie, die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, kunnen ze niet eenzijdig door de federale wetgever worden aangenomen en is daarvoor een voorafgaande samenwerking nodig tussen de onderscheiden bevoegdheidsniveaus die ter zake bevoegd zijn.

Onder voorbehoud van deze fundamentele opmerking worden de volgende algemene en bijzondere opmerkingen gemaakt.

II. Fragmentarische omzetting van bepalingen van Europees recht

1. In de ontworpen tekst wordt aangegeven dat het doel ervan erin bestaat sommige bepalingen van Europese richtlijnen inzake elektronische communicatie zeer fragmentarisch om te zetten.

Algemeen gesproken is het zo dat, hoewel zulks niet nauwkeurig aangegeven wordt in de toelichting, volgens de bedoeling van de indieners van amendement nr. 1, dat amendement ertoe strekt gevolg te geven aan artikel 8, lid 4, g), van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 'inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten' (hierna genoemd

“Kaderrichtlijn”), zoals ingevoegd bij richtlijn 2009/140/EG, naar luid van welke bepaling van Europees recht “de nationale regelgevende instanties [...] de belangen van de burgers van de Europese Unie onder meer op de volgende wijze [bevorderen]: zij bevorderen het vermogen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze”.

Meer specifiek is het overigens de bedoeling die bepaling om te zetten bij artikel 4 van het geamendeerde voorstel.

Hoewel zulks evenmin in de toelichting aangegeven wordt, strekken de artikelen 3, 5 en 6 van het geamendeerde voorstel voorts blijkbaar tot omzetting van respectievelijk artikel 22, lid 3, artikel 20, lid 1, b), tweede en vierde streepje, en artikel 21, leden 1 en 3, van richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten’ (hierna genoemd “Universeledienstrichtlijn”), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG.

Het geamendeerde voorstel strekt dus tot een zeer onvolledige omzetting van de wijzigingsrichtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG.

Deze vaststelling geeft aanleiding tot drie opmerkingen.

2. De voorgenomen omzettingsmaatregelen zijn uiterst fragmentarisch en houden geenszins rekening met de andere maatregelen die noodzakelijk zouden zijn om ervoor te zorgen dat de talrijke bepalingen van de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG in hun geheel omgezet worden.

Aldus te werk gaan, getuigt niet van goede wetgevingstechniek.

Teneinde zo goed mogelijk, op de meest logische en de meest dienstige wijze, rekening te houden met de vele maatregelen die nodig zijn voor de omzetting van deze beide wijzigingsrichtlijnen, dienen de voormelde maatregelen in een omvattend geheel bekeken en uitgewerkt te worden.

In deze context is het dan ook aan te bevelen om alle maatregelen die nodig zijn voor de omzetting van de voornoemde richtlijnen in een en dezelfde hervorming te behandelen, in plaats van enkele alleenstaande bepalingen om te zetten, zoals in de voorgestelde bepalingen geschiedt.

3. Onder voorbehoud van de voorgaande opmerking en overeenkomstig hetgeen vereist is krachtens artikel 4, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2009/136/EG en artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2009/140/EG, dient het wetsvoorstel, zoals het geamendeerd is, te worden aangevuld met een bepaling waarbij artikel 1 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ (hierna genoemd “de wet van 13 juni 2005”) aldus gewijzigd wordt dat in die bepaling vermeld wordt dat de wet strekt tot gedeeltelijke omzetting van de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG¹¹.

4. Steeds onder voorbehoud van algemene opmerking I.1. wordt erop gewezen dat, zoals de afdeling Wetgeving reeds herhaaldelijk opgemerkt heeft, wanneer overwogen wordt om een Europese richtlijn door middel van een wetgevende handeling om te zetten, het aan te bevelen is het wetsontwerp of wetsvoorstel houdende omzetting vergezeld te doen gaan van omzettingstabellen teneinde het onderzoek van de voorgestelde bepalingen door de wetgevende vergaderingen in kwestie te vergemakkelijken en de bevattelijkheid van die bepalingen door de adressaten ervan te verhogen.

Voor de nadere regels betreffende het opstellen, het meedelen en de bekendmaking van die tabellen wordt verwezen naar de *Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*¹².

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2 van het geamendeerde voorstel

[amendement nr. 1 (DOC 53 1467/002) en subamendementen nrs. 2 en 3 (DOC 53 1467/003)]

1. De wijzigingen die men met artikel 2 van het voorstel van wet, zoals gewijzigd bij amendement nr. 1 en de subamendementen nrs. 2 en 3, wil aanbrengen in de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ (hierna: de wet van 13 juni 2005) om de veiligheid van de internetnetwerken te waarborgen zijn de volgende:

1.1. Artikel 2 van het voorstel van wet, zoals gewijzigd bij amendement nr. 1 strekt ertoe in de wet van 13 juni 2005 een nieuw artikel 115/1 in te voegen, dat luidt als volgt:

“Art. 115/1. § 1. Aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiensten worden geleverd en aanbieders van

¹¹ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab Wetgevingstechniek, formule F 4-1-2-3.

¹² *Ibid.*, aanbevelingen 191 tot 194.

internettoegangsdiensten geen diensten of toepassingen op het internet belemmeren of vertragen, tenzij en voor zover de betreffende maatregel waarmee diensten of toepassingen worden belemmerd of vertraagd noodzakelijk is:

1° om de gevolgen van congestie te beperken, waarbij gelijke soorten verkeer gelijk worden behandeld onafhankelijk van protocol of andere modaliteiten van de gebruikte transmissie en voor zover deze discriminatie effectief noodzakelijk is voor een goede gebruikservaring van alle eindgebruikers;

2° ten behoeve van de integriteit en de veiligheid van het netwerk en de dienst van de betrokken aanbieder of het randapparaat van de eindgebruiker;

3° om de doorgifte van ongevraagde communicatie als bedoeld in artikel 114 aan een eindgebruiker te beperken, mits de eindgebruiker daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend;

4° ter uitvoering van een wettelijke bepaling of rechterlijk bevel. De belemmering of vertraging gebeurt enkel indien er geen impact is op andere diensten of toepassingen dan op de beoogde diensten of toepassingen;

5° ten behoeve van de personen bedoeld in artikel 115.

§ 2. Indien een inbreuk op de integriteit of veiligheid van het netwerk of de dienst of een randapparaat van een eindgebruiker, bedoeld in § 1, 2°, wordt veroorzaakt door verkeer afkomstig van een randapparaat van een eindgebruiker, doet de aanbieder voorafgaand aan het nemen van een maatregel waarmee het verkeer wordt belemmerd of vertraagd, melding aan de betrokken eindgebruiker, zodat de eindgebruiker de gelegenheid heeft de inbreuk te staken. Wanneer dit wegens de vereiste spoed niet voorafgaand aan het nemen van de maatregel mogelijk is, doet de aanbieder zo snel mogelijk melding van de maatregel. Wanneer het een eindgebruiker van een andere aanbieder betreft is de eerste volzin niet van toepassing.”

In de toelichting bij amendement nr. 1 staat dat die bepaling er in hoofdzaak toe strekt aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiensten worden geleverd en aanbieders van internettoegangsdiensten zulke verplichtingen op te leggen dat het recht van de eindgebruikers om zelf te beslissen welke inhoud zij willen verzenden en ontvangen en welke diensten, toepassingen, hardware en software ze daarvoor willen gebruiken, wordt vastgelegd, met andere woorden, verplichtingen die “de neutraliteit van de internetnetwerken” veilig stellen.

Het komt er dus volgens de toelichting op aan “de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers op internet te maximaliseren”.

Daartoe verbiedt de voorgestelde tekst, nog steeds volgens de toelichting bij amendement nr. 1, de betreffende operatoren “een dienst, bestaande uit toegang tot (bepaalde) webpagina's, diensten of toepassingen, aan te bieden, waarbij het gebruik van bepaalde toepassingen of diensten wordt geblokkeerd”.

De bedoeling is dus:

“het gedrag van aanbieders van internettoegangsdiensten [te beperken] om de open en onbelemmerde toegang tot internet voor zowel (online) dienstenaanbieders als burgers en ondernemingen te waarborgen. Voorkomen moet worden dat aanbieders van internettoegang de toegang tot of het aanbieden van bepaalde informatie of diensten blokkeren of belemmeren. Het amendement verbiedt het belemmeren of vertragen van diensten of toepassingen op internet. Dit betekent ten eerste dat een aanbieder niet een dienst of toepassing van een specifieke partij mag belemmeren of vertragen. Het betekent daarnaast dat de aanbieder ook geen specifieke dienst of toepassing, zoals bijvoorbeeld internettelefonie, mag belemmeren of vertragen. Het amendement strekt onder meer ter voorkoming van de schade die een eindgebruiker lijdt door schending van de hierin vervatte norm. Het betekent eveneens dat de aanbieder geen verkeer belemmert of vertraagt op grond van de gebruikte hardware en software”¹³.

Er is evenwel in uitzonderingen op dat algemene verbod voorzien om de gevolgen van congestie te beperken, de integriteit en de veiligheid van het netwerk, de dienst of het randapparaat van de eindgebruiker te waarborgen, de doorgifte van ongevraagde communicatie aan een eindgebruiker te beperken, en de uitvoering van een wettelijke bepaling of rechterlijk bevel mogelijk te maken. Ook beperkingen die nodig zijn voor nooddiensten en prioritaire diensten, voor ziekenhuizen, artsen, apothekers en dierenartsen die met wachtdienst zijn, voor invaliden, zieken die speciale verzorging nodig hebben alsook gehandicapten, en voor ASTRID, de vennootschap die is opgericht bij de wet van 8 juni 1998 betreffende de radiocommunicatie van de hulp- en veiligheidsdiensten, zijn toegestaan.

Die uitzonderingen moeten luidens de toelichting in enge zin worden geïnterpreteerd.

1.2. Subamendement nr. 1 strekt er zijnerzijds toe in dat nieuwe artikel 115/1 een paragraaf 3 in te voegen, die luidt als volgt:

“§ 3. Aanbieders van internettoegangsdiensten rekenen geen extra kosten aan voor het gebruik van specifieke door derden publiek aangeboden diensten of toepassingen op het internet”.

Subamendement nr. 2, ten slotte, strekt er ook toe in het nieuwe artikel 115/1 een paragraaf 3 in te voegen, die evenwel luidt als volgt:

“§ 3. Aanbieders van internettoegangsdiensten stellen de hoogte van tarieven voor internettoegangsdiensten niet afhankelijk van de diensten en toepassingen die via deze diensten worden aangeboden of gebruikt”.

Met die subamendementen willen de indieners ervan in de eerste plaats, wat het ene betreft, de operatoren-aanbieders van internettoegangen verbieden de eindgebruikers extra kosten aan te rekenen voor het gebruik, door de eindgebruiker, van diensten of

¹³ Parl.St. Kamer 2010-11, nr. 53 1467/002, 4.

toepassingen die door andere personen dan de operator op het net worden aangeboden, en, wat het andere betreft, bij wijze van voorbeeld, de aanbieders van internettoegangen verbieden een hogere prijs aan te rekenen voor een internettoegang waarbij internettelefonie gebruikt wordt dan voor een toegang waarbij dat niet het geval is.

Uit de toelichting bij de subamendementen blijkt dat de indieners daarvan er aldus naar streven prijs- of tarieftoeslagen te verbieden, die volgens hen de toegang tot het internet belemmeren en afbreuk doen aan het neutraliteitsbeginsel dat het voorgestelde artikel 115/1, §§ 1 en 2, wil invoeren en waarborgen.

2. Luidens de toelichting bij amendement nr. 1 zou dat neutraliteitsbeginsel rechtsgrond ontlelen aan “overweging 28 van Richtlijn 2009/136/EG”.

Die overweging luidt als volgt:

“De eindgebruikers moeten kunnen beslissen welke inhoud zij willen verzenden en ontvangen, en welke diensten, toepassingen, hardware en software zij hiervoor willen gebruiken, onverminderd de noodzaak de integriteit en de veiligheid van de netwerken en diensten te vrijwaren. Een concurrerende markt biedt de gebruikers een breed scala van inhoud, toepassingen en diensten. De nationale regelgevende instanties moeten bevorderen dat gebruikers toegang hebben tot informatie en deze kunnen verspreiden, en toepassingen en diensten van hun keuze kunnen gebruiken, zoals bepaald in artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn). Gezien het toenemende belang van elektronische communicatie voor consumenten en ondernemingen moeten de gebruikers in ieder geval volledig worden geïnformeerd over alle beperkingen die door de aanbieder van de diensten en/of de exploitant van het netwerk op het gebruik van de elektronische communicatiediensten worden opgelegd. Bij deze informatie moet, volgens de keuze van de aanbieder, ofwel het type van inhoud, toepassing of dienst in kwestie, ofwel de afzonderlijke toepassingen of diensten, of beide worden gespecificeerd. Afhankelijk van de gebruikte technologie en het soort van beperking, kan voor deze beperkingen de instemming van de gebruiker vereist zijn, overeenkomstig Richtlijn 2002/58/EG (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).”

Fundamenteler is dat die overweging zelf verwijst naar welbepaalde Europeesrechtelijke bepalingen, inzonderheid artikel 8 van de kaderrichtlijn, dat het volgende bepaalt:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen.

[...]

2. De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

- a) zij zorgen ervoor dat de gebruikers, met inbegrip van gebruikers met een handicap, oudere gebruikers en gebruikers met speciale sociale behoeften optimaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;
- b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, met inbegrip van de doorgifte van inhoud;
- c) [...];
- d) zij bevorderen efficiënt gebruik en zorgen voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad.

3. De nationale regelgevende instanties dragen bij aan de ontwikkeling van de interne markt, onder meer op de volgende wijze:

- a) zij heffen resterende belemmeringen op voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten en diensten en elektronische-communicatiediensten op Europees niveau;
- b) zij moedigen het opzetten en ontwikkelen van trans-Europese netwerken en de interoperabiliteit van pan-Europese diensten aan en eind-tot-eind connectiviteit;
- c) [...];
- d) zij werken met elkaar, met de Commissie en met de BEREC op transparante wijze samen om de ontwikkeling van een consistente regelgevende praktijk en de consistente toepassing van deze richtlijn en van de bijzondere richtlijnen te waarborgen.

4. De nationale regelgevende instanties bevorderen de belangen van de burgers van de Europese Unie, onder meer op de volgende wijze:

- a) zij waarborgen dat alle burgers toegang hebben tot een universele dienst als omschreven in Richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn);
- b) zij waarborgen de consument een hoog niveau van bescherming bij zijn transacties met leveranciers, met name door ervoor te zorgen dat er eenvoudige en goedkope geschillenprocedures beschikbaar zijn die worden toegepast door een van de betrokken partijen onafhankelijke instantie;
- c) zij dragen bij tot het waarborgen van een hoog niveau van bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer;
- d) zij bevorderen de verstrekking van duidelijke informatie, met name door te verplichten tot transparantie ten aanzien van tarieven en de voorwaarden voor het gebruik van openbare elektronische-communicatiediensten;
- e) zij schenken aandacht aan de behoeften van specifieke maatschappelijke groepen, met name gebruikers met een handicap, oudere gebruikers en gebruikers met speciale sociale behoeften;
- f) zij waarborgen de integriteit en de veiligheid van de openbare communicatienetwerken;

g) zij bevorderen het vermogen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze.

5. Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, onder meer op de volgende wijze:

a) zij bevorderen de voorspelbaarheid van de regelgeving door te zorgen voor een consistente aanpak in de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden;

b) zij waarborgen dat er bij gelijke omstandigheden geen discriminatie plaatsvindt bij de behandeling van ondernemingen die elektronische communicatienetwerken en -diensten leveren;

c) zij beschermen de concurrentie in het belang van de consument, en bevorderen waar nodig een op infrastructuur gebaseerde concurrentie;

d) zij bevorderen efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur, onder meer door te zorgen dat er in de toegangsverplichtingen voldoende rekening wordt gehouden met het door de investering genomen risico en door verschillende samenwerkingsafspraken tussen investeerders en partijen die toegang willen hebben, toe te staan om het investeringsrisico te spreiden, waarbij ervoor wordt gezorgd dat de concurrentie op de markt en het non-discriminatiebeginsel worden gevrijwaard;

e) zij houden naar behoren rekening met de uiteenlopende omstandigheden die wat betreft concurrentie en consumenten in de verschillende geografische gebieden binnen een lidstaat bestaan;

f) zij leggen regelgevende verplichtingen ex ante uitsluitend daar op waar geen effectieve en duurzame concurrentie is en zij verlichten de verplichtingen of heffen deze op zodra er wel aan die voorwaarde is voldaan.”

Uit dat artikel 8 en uit de overweging die in de toelichting wordt genoemd volgt dat:

1° de Europese wetgever bij artikel 8, lid 4, g), van de kaderrichtlijn opgelegd heeft dat de regelgevende instanties van de lidstaten het vermogen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze “bevorderen”: de term “bevorderen” houdt geen resultaatsverbintenis in, maar veeleer een inspanningsverbintenis, in termen van na te streven doeleinden. De term “bevorderen” gebruikt in overweging 28 van richtlijn 2009/136/EG heeft dezelfde strekking.

Bovendien blijkt uit die overweging in haar geheel dat, volgende opvatting van de Europese wetgever, enerzijds vooral de markt de vrije keuze van de eindgebruiker mogelijk moet maken, en anderzijds niet iedere beperking of blokkering door de operator in beginsel uitgesloten is: het voornaamste is dat de eindgebruiker toegang krijgt tot informatie betreffende de beperkingen opgelegd door de operator, informatie “(waarbij), volgens de keuze van de aanbieder, ofwel het type van inhoud, toepassing of dienst in kwestie, ofwel de afzonderlijke toepassingen of diensten, of beide (moeten) worden gespecificeerd”¹⁴.

2° de omstandigheid dat de “neutraliteit van het net” niet *de lege lata* uitgelegd moet worden als een absolute Europeesrechtelijke resultaatsverbintenis, maar veeleer als een te bereiken doelstelling, blijkt voorts nog uit de lezing van het hele artikel 8 van de kaderrichtlijn: zo bijvoorbeeld moeten de doelstellingen die opgesomd worden in die bepaling nagestreefd worden met “redelijke maatregelen” waarvan de “evenredigheid” moet worden aangetoond¹⁵.

Bovendien verplicht lid 5 van het genoemde artikel 8 de nationale regelgevende instanties bij het nastreven van de beleidsdoelstellingen opgesomd in de voorgaande leden, “objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen” toe te passen, waarvan er sommige opgesomd worden in die paragraaf, onder meer dat “naar behoren rekening (moet worden gehouden) met de uiteenlopende omstandigheden die wat betreft concurrentie en consumenten in de verschillende geografische gebieden binnen een lidstaat bestaan” en dat “regelgevende verplichtingen *ex ante* uitsluitend daar (mogen worden opgelegd) waar geen effectieve en duurzame concurrentie is en (...) de verplichtingen (verlicht of opgeheven moeten worden) zodra er wel aan die voorwaarde is voldaan”.

Anderzijds moet ermee rekening worden gehouden dat het geldende Europese regelgevende kader, dat onder meer resulteert uit de wijzigingen aangebracht bij richtlijn 2009/136/EG en richtlijn 2009/140/EG, een reeks maatregelen omvat – die nog niet in het Belgisch recht zijn omgezet – die er gezamenlijk toe strekken het vermogen van de eindgebruikers te “bevorderen” om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden, alsook toepassingen en diensten van hun keuze te gebruiken. Bij wijze van voorbeeld kunnen de bepalingen die ertoe strekken de interne markt te consolideren worden genoemd¹⁶, de maatregelen bedoeld om ervoor te zorgen dat relevante informatie aan de eindgebruikers

¹⁴ Iets anders is de vraag hoe en in welke mate of binnen welke perken de lidstaten zelf beperkende maatregelen aangaande de toegang van de eindgebruikers tot en het gebruik door de eindgebruikers van de diensten en toepassingen kunnen nemen of opleggen. Wat dat betreft dient verwezen te worden naar artikel 1, nieuw lid 3bis, van de kaderrichtlijn, dat verwijst naar de fundamentele rechten zoals die gewaarborgd worden door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en dat alleen beperkende maatregelen toestaat mits bepaalde processuele en grondvoorwaarden in acht worden genomen.

¹⁵ Artikel 8, lid 1, eerste alinea van de kaderrichtlijn.

¹⁶ Zie in dat verband inzonderheid artikel 7 van de kaderrichtlijn.

wordt meegedeeld, zodat ze met een zo goed mogelijke kennis van zaken voor zichzelf beslissingen kunnen nemen¹⁷, de bepalingen betreffende de eisen inzake de kwaliteit van de diensten¹⁸, de bepalingen die ervoor zorgen dat abonnees met nummers van het nationale telefoonnummerplan gemakkelijker en sneller van aanbieder kunnen veranderen¹⁹ en de bepalingen die ertoe strekken buitengerechtelijke beslechting van geschillen te vergemakkelijken²⁰⁻²¹.

Al die beginselen en regels vinden weerklank in de zeer recente mededeling van de Europese Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, over "Het open internet en netneutraliteit in Europa"²². Het is interessant de conclusie van die mededeling hier te vermelden:

"CONCLUSIE

In de openbare raadpleging en in de gezamenlijke topontmoeting Commissie-Parlement is ruime steun betuigd voor de intentie, zoals uitgesproken in de verklaring van de Commissie, om belang te hechten aan de handhaving van een open internet. De Commissie blijft vastbesloten deze doelstelling na te streven en ervoor te zorgen dat het internet gehandhaafd blijft als een solide best-efforts netwerk dat voor iedereen toegankelijk is.

De Commissie is van mening dat de regels inzake transparantie, verandering van aanbieder en kwaliteit van de dienstverlening, die deel uitmaken van het herziene Europese kader voor elektronische communicatie, moeten helpen om tot resultaten te komen die op concurrentie berusten.

¹⁷ Zie in dat verband inzonderheid artikel 20 van de universeledienstrichtlijn wat de contracten betreft, artikel 21 van dezelfde richtlijn wat betreft de transparantie en bekendmaking van informatie in het algemeen, en ook artikel 22, leden 1 en 2, van die richtlijn, met betrekking tot de informatieverstrekking aangaande de kwaliteit van de diensten. Zie ook en nog steeds bij wijze van voorbeeld de bepalingen betreffende de eisen inzake de kwaliteit van de diensten, inzonderheid artikel 22, lid 3, van de universeledienstrichtlijn. Wat dat betreft zij erop gewezen dat het geamendeerde voorstel ertoe strekt sommige van de bepalingen vervat in die artikelen om te zetten.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 22, lid 3, van de universeledienstrichtlijn, een bepaling die ook bij het geamendeerde voorstel wordt omgezet.

¹⁹ Zie in dat verband artikel 30 van de universeledienstrichtlijn.

²⁰ Zie in dat verband artikel 34 van de universeledienstrichtlijn.

²¹ Zie, wat die verschillende maatregelen betreft, en meer in het algemeen de "neutraliteit van het Net", het informatieverlag "sur la neutralité de l'internet et des réseaux", ingediend bij "l'Assemblée nationale Française" door de "Commission des Affaires économiques", en uitgebracht door mevr. ERHEL, voorzitter, en mevr. DE LA RAUDIÈRE, volksvertegenwoordiger, op 13 april 2011, *Doc. Assemblée nationale*, Constitution du 4 octobre 1958, 13^e législature, nr. 3336 (inz. blz. 49 wat het Europees recht betreft).

²² COM(2011) 222 def, 19 april 2011.

Aangezien de lidstaten nog bezig zijn met het omzetten van het herziene regelgevingskader voor elektronische communicatie in nationale wetgeving, moet voldoende tijd worden gelaten voor de tenuitvoerlegging van deze bepalingen en om na te gaan hoe deze in de praktijk zullen werken.

Zoals hierboven vermeld, waren de in de openbare raadpleging verzamelde gegevens onvolledig of onvoldoende gedetailleerd met betrekking tot tal van aspecten die belangrijk zijn voor een goed begrip van de huidige stand van zaken in de Europese Unie. Om deze reden bestudeert de Commissie, samen met het BEREC, een aantal zaken die in de loop van het raadplegingsproces aan de oppervlakte zijn gekomen, in het bijzonder overstapdrempels (bijvoorbeeld na hoeveel tijd een klant een contract voor achteraf betaalde diensten kan verbreken en wat de sancties daarop zijn), praktijken van blokkeren en afknippen van bandbreedte en commerciële praktijken met soortgelijke werking, transparantie en kwaliteit van de dienstverlening alsmede concurrentieproblemen met betrekking tot netneutraliteit (bv. discriminerende praktijken van een marktdeelnemer met een machtspositie).

Wat dit betreft, behoudt de Commissie haar recht om elk gedrag in verband met verkeersbeheer dat de mededinging kan beperken of vervalsen, overeenkomstig de artikelen 101 en 102 van het VWEU te onderzoeken.

Wat er verder gebeurt

De Commissie zal tegen het einde van het jaar het feitenmateriaal publiceren dat uit het onderzoek van het BEREC naar voren komt, ook met betrekking tot gevallen van blokkeren of afknippen van bepaalde vormen van verkeer.

Aan de hand van de feiten en op basis van de tenuitvoerlegging van de bepalingen van het regelgevingskader voor telecommunicatie zal de Commissie in de eerste plaats een besluit nemen over aanvullende richtsnoeren inzake netneutraliteit.

Indien omvangrijke en aanhoudende problemen aan het licht komen en het systeem in zijn geheel - met een groot aantal exploitanten - er niet voor zorgt dat consumenten via één internetaansluiting gemakkelijk toegang krijgen tot de inhoud, diensten en toepassingen van hun keuze en deze kunnen verspreiden, zal de Commissie onderzoeken of er behoefte bestaat aan strengere maatregelen om te komen tot de concurrentiesituatie en de keuzemogelijkheden die de consumenten verdienen. Transparantie en gemakkelijk kunnen overstappen zijn voor de consumenten sleutelementen bij de keuze van hun internetaanbieder of bij het veranderen van aanbieder, maar deze instrumenten zijn misschien niet adequaat om op te treden tegen veralgemeende beperkingen van legale diensten of toepassingen.

Dergelijke aanvullende maatregelen kunnen de vorm aannemen van richtsnoeren of algemene wettelijke maatregelen tot verhoging van de concurrentie en de keuzevrijheid van de consument, zoals verdere maatregelen om overstapgedrag van consumenten te vergemakkelijken, of indien dat ontoereikend zou blijken, bijvoorbeeld het opleggen van specifieke verplichtingen met betrekking tot ongerechtvaardigde differentiatie van het internetverkeer aan alle internetaanbieders, ongeacht hun marktmacht. Ook een verbod op het blokkeren van legale diensten behoort tot de mogelijkheden.

Netneutraliteit betreft een aantal rechten en beginselen die in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn vervat, in het bijzonder de eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven, de bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid van meningsuiting en van informatie. Elk voorstel tot wetgeving op dit gebied zal om die reden grondig worden onderzocht met betrekking tot de gevolgen voor de grondrechten en de eerbiediging van het Handvest van de grondrechten van de EU.

Verdere regelgeving moet ontmoediging van investeringen of innovatieve bedrijfsmodellen vermijden, leiden tot een efficiënter gebruik van de netwerken en nieuwe kansen creëren voor het bedrijfsleven in de verschillende stadia van de waardeketen. Voor de consumenten moet het voordeel gewaarborgd blijven om voor hun toegang tot het internet te kunnen kiezen uit producten die toegesneden zijn op hun behoeften.

Daarnaast zal de Commissie haar dialoog met de lidstaten en belanghebbenden voortzetten om te zorgen voor een snelle ontwikkeling van breedband, hetgeen de druk op het gegevensverkeer kan verlichten.”

Uit die mededeling, die rechtstreeks aansluit bij de hierboven genoemde bepalingen, blijkt dat de Commissie, voordat ze overweegt het Europese regelgevende kader te wijzigen of aan te vullen om *ex ante* verbodsbepalingen inzake blokkering en belemmering op te leggen, moet nagaan of andere minder zware of ingrijpende maatregelen, onder meer sommige maatregelen die nodig zijn voor de omzetting van richtlijn 2009/136/EG en richtlijn 2009/140/EG²³, het niet mogelijk hebben gemaakt om via de markt de doelstelling beoogd in artikel 8, lid 4, g), van de kaderrichtlijn volledig of afdoende te bereiken.

Hoe dan ook, en los van de stellingen vervat in de mededeling van de Europese Commissie, moet iedere maatregel van een lidstaat waarmee beoogd wordt de doelstelling van artikel 8, lid 4, g), van de kaderrichtlijn te bereiken, objectief, doorzichtig, niet-discriminerend en proportioneel zijn. Die maatregelen moeten ook de beginselen opgesomd in artikel 8, lid 5, van de kaderrichtlijn in acht nemen.

3.1. Ten aanzien van de beginselen die vermeld worden in artikel 8, leden 1 en 5, van de kaderrichtlijn, geeft het geamendeerde voorstel in dezen aanleiding tot meerdere opmerkingen.

²³ Inzonderheid van de bepalingen van die richtlijnen die ertoe stekken de vrije keuze van de eindgebruiker aangaande diensten en toepassingen te bevorderen.

3.2. Vooreerst blijkt, bij de huidige stand van de inlichtingen waarover de Raad van State beschikt, niet dat het voorstel daadwerkelijk op objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele wijze rekening zou houden met de beginselen die worden opgesomd in artikel 8, lid 5, van de kaderrichtlijn, noch, *a fortiori*, dat het voorstel zou steunen op een daadwerkelijk en volledig onderzoek van de strekking ervan en van de gevolgen ervan op de nadere uitwerking van deze beginselen.

Bij wijze van voorbeeld zij aldus inzonderheid opgemerkt dat uit het aan de Raad van State voorgelegde dossier niet kan worden opgemaakt dat “naar behoren rekening [is gehouden] met de uiteenlopende omstandigheden die wat betreft concurrentie en consumenten in de verschillende geografische gebieden binnen een lidstaat bestaan”, en zelfs niet dat het bestaan van eventuele uiteenlopende omstandigheden zou zijn bestudeerd²⁴.

In verband met het opleggen van verplichtingen *ex ante* aan de exploitanten, blijkt uit het dossier evenmin dat het geamendeerde voorstel zou steunen op een gedocumenteerde technologische en marktstudie die aantoonde dat er geen effectieve en duurzame concurrentie zou zijn die de nagestreefde beleidsdoelstelling kan garanderen²⁵. Deze aangelegenheid is echter des te essentiëler en crucialer daar uit de mededeling van de Europese Commissie, waarvan de conclusie *supra* werd weergegeven, blijkt dat de Europese Commissie ondanks een openbare raadpleging²⁶ op Europees niveau niet precies heeft kunnen bepalen wat de marktsituatie was, noch hoe wezenlijk en concreet de moeilijkheden waren inzake blokkering en belemmering. In dezen dient vastgesteld dat de toelichting bij amendement nr. 1 harerzijds slechts algemene overwegingen bevat betreffende “verschillende operatoren”²⁷, en dat deze overwegingen de naleving van de door het Europese recht opgelegde voorwaarden, inzonderheid artikel 8, lid 5, f), van de kaderrichtlijn, niet kunnen opleggen.

Nog steeds bij wijze van voorbeeld werd er, naar het zich laat aanzien, evenmin rekening gehouden met het beginsel van het “bevorderen [van] efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur, onder meer door te zorgen dat er in de toegangsverplichtingen voldoende rekening wordt gehouden met het door de investering genomen risico en door verschillende samenwerkingsafspraken tussen investeerders en partijen die toegang willen hebben, toe te staan om het investeringsrisico te

²⁴ Zie in dat verband artikel 8, lid 5, e), van de kaderrichtlijn.

²⁵ Zie in dat verband artikel 8, lid 5, f), van de kaderrichtlijn.

²⁶ Uit het dossier dat aan de Raad van State bezorgd is, blijkt niet dat aan de voorliggende tekst een dergelijke raadpleging zou zijn voorafgegaan.

²⁷ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1467/002, 4.

spreiden, waarbij ervoor wordt gezorgd dat de concurrentie op de markt en het non-discriminatiebeginsel worden gevrijwaard”²⁸.

3.3. Meer in het algemeen is het, bij ontstentenis van andere preciseringen en meer volledige, gedetailleerde en concrete documenten of inlichtingen, niet mogelijk vast te stellen of de beoogde maatregelen “redelijk” zijn noch of ze tegemoetkomen aan de Europese vereisten van “evenredigheid”²⁹.

In dezen dient opgemerkt te worden dat het geamendeerde voorstel zelf voorziet in de mogelijkheid van bepaalde uitzonderingen op het beginsel van neutraliteit dat het beoogt voor te schrijven. Deze uitzonderingen liggen in de lijn van andere door de Europese regelgeving nagestreefde doelstellingen, zoals, bijvoorbeeld, de integriteit en de veiligheid van het netwerk of de noodzakelijke uitzonderingen voor nooddiensten.

Het laat zich evenwel aanzien dat de voorwaarden die aan deze uitzonderingen worden opgelegd zeer strikt zijn en geen rekening houden met bepaalde factoren, inzonderheid hun technische haalbaarheid. Aldus is de uitzondering waarin artikel 115/1, § 1, 1°, voorziet ondergeschikt aan het feit dat de maatregel noodzakelijk is voor een “goede gebruikerservaring” van “alle” eindgebruikers. Evenzo is de uitzondering waarin artikel 115/1, § 1, 4°, voorziet en die de noodzakelijke beperking mogelijk maakt ter uitvoering van een wettelijke bepaling of rechterlijk bevel, ondergeschikt aan het feit dat de belemmering of vertraging “geen impact [heeft] op andere diensten of toepassingen dan op de beoogde diensten of toepassingen”.

In dezelfde gedachtegang valt op te merken dat de bij de subamendementen nrs. 2 en 3 voorgestelde tariefmaatregelen algemeen en absoluut zijn. Ze gaan met name voorbij aan of lijken geen rekening te houden met eventuele meerkosten die de toegang tot de betreffende diensten en toepassingen zou meebrengen voor de operatoren.

3.4. Ten slotte zijn de in amendement nr. 1 bepaalde uitzonderingen soms onduidelijk of moeilijk te begrijpen, wat afbreuk doet aan de doorzichtigheid³⁰ en de voorspelbaarheid van de beoogde maatregelen³¹.

²⁸ Zie dienaangaande artikel 8, lid 5, d), van de kaderrichtlijn. Zie daarbij aansluitend de conclusie van de mededeling van de Europese Commissie COM (2011) 222 die stelt dat het in het kader van de eventueel in de toekomst te nemen maatregelen nodig is “ontmoediging van investeringen of innovatieve bedrijfsmodellen [te] vermijden”.

²⁹ Betreffende de eisen van evenredigheid en redelijkheid van de maatregelen, zie inzonderheid artikel 8, lid 1, van de kaderrichtlijn.

³⁰ Over het beginsel van de doorzichtigheid, zie inzonderheid artikel 8, lid 5, inleidende zin, van de kaderrichtlijn.

³¹ Betreffende de “voorspelbaarheid van de regelgeving”, zie artikel 8, lid 5, a), van de kaderrichtlijn.

Zo bijvoorbeeld vraagt de Raad van State zich af wat de precieze reikwijdte is van het voorgestelde artikel 115/1, § 2, inzonderheid wat de eindgebruikers “van een andere aanbieder” betreft.

4. Het besluit is dan ook dat het hele voorgestelde artikel 115/1 zou moeten worden herzien aan de hand van de voorgaande opmerkingen.

In dit verband kan naar de maatstaf van de mededeling van de Europese Commissie COM (2011) 222 de volgende bedenking worden geformuleerd: is er geen aanleiding om, meer fundamenteel en alvorens wetgevend op te treden in de zin van het geamendeerde voorstel, er in de eerste plaats op toe te zien dat de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG volledig en daadwerkelijk omgezet worden, en om vervolgens middels nauwkeurige marktstudies de marktsituatie te onderzoeken en na te gaan of de nagestreefde beleidsdoelstelling niet is kunnen worden bereikt met de omzettingsmaatregelen?

Artikel 3 van het geamendeerde voorstel
[amendement nr. 1 (DOC 53 1467/002)]

Zoals hierboven werd vermeld, strekt artikel 3 van het geamendeerde voorstel er waarschijnlijk toe om artikel 22, lid 3, van de “universeledienstrichtlijn” om te zetten.

Er dient evenwel opgemerkt te worden dat deze Europeesrechtelijke bepaling de lidstaten verplicht “ervoor [te zorgen] dat de nationale regelgevende instanties minimumvoorschriften inzake de kwaliteit van de diensten kunnen opleggen aan de aanbieder(s) van openbare communicatienetwerken”.

Harerzijds wil de ter studie liggende bepaling het Instituut echter de mogelijkheid geven om minimumvoorschriften op te leggen, niet aan de aanbieders van openbare communicatienetwerken, maar aan de “aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten”.

De voorgestelde tekst dient te worden herzien ter voldoening aan de hierboven aangehaalde Europeesrechtelijke bepaling.

Artikel 4 van het geamendeerde voorstel
[amendement nr. 1 (DOC 53 1467/002)]

Gelet op de door de voorliggende bepaling nagestreefde beleidsdoelstelling zoals die is verwoord in de toelichting bij amendement nr. 1, blijkt uit de wet van 13 juni 2005 dat deze bepaling, anders dan wat vermeld wordt in de inleidende zin van het voorliggende artikel 4, niet artikel 9 van de voornoemde wet van 13 juni 2005 beoogt te wijzigen, maar wel artikel 8 ervan.

Voorts blijkt uit het onderzoek van de Europese richtlijnen inzake elektronische communicatie dat de voorliggende bepaling in werkelijkheid de omzetting wil regelen van een specifieke bepaling van deze richtlijnen, te weten artikel 8, lid 4, g) van de kaderrichtlijn, alhoewel dat niet duidelijk wordt gemaakt in de toelichting bij het amendement.

Gememoreerd zij dat deze Europeesrechtelijke bepaling het volgende voorschrijft:

“De nationale regelgevende instanties bevorderen de belangen van de burgers van de Europese Unie, onder meer op de volgende wijze:

[...]

g) zij bevorderen het vermogen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze”.

Om de omzetting van deze bepaling en de rechtszekerheid optimaal te garanderen zou de formulering van de ontworpen wijziging nauwkeuriger moeten aanhaken bij de Europeesrechtelijke bepaling die ze omzet.

Meer in het bijzonder moet in de ontworpen tekst in ieder geval het woord “consument” worden vervangen door het woord “eindgebruiker”. De voorliggende bepaling beoogt immers garanties te bieden aan de “consument”, terwijl het voornoemde artikel 8, lid 4, g), de “eindgebruikers” wil beschermen. Zowel in het Europees recht als in het intern recht hebben deze begrippen echter een verschillende betekenis³².

³² Zie in dat verband de definities van “eindgebruiker” en van “consument” die respectievelijk gegeven worden door artikel 2, i) (“consument”) en n) (“eindgebruiker”), van de kaderrichtlijn, en door artikel 2, 13° (“eindgebruiker”) en 14° (“consument”), van de wet van 13 juni 2005.

La chambre était composée de

Messieurs R. ANDERSEN,
de Heren

P. LEWALLE,
P. VANDERNOOT,

Madame A.-C. VAN GEERSDAELE,
Mevrouw

De kamer was samengesteld uit

premier président du Conseil d'État,
eerste voorzitter van de Raad van Staat,

conseillers d'État,
staatsraden,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme A. VAGMAN, auditeur.

Het verslag werd uitgebracht door.
Mevr. A. VAGMAN, auditeur.

La concordance entre la version
française et la version néerlandaise a été
vérifiée sous le contrôle de
M. P. VANDERNOOT.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst werd
nagezien onder toezicht van de
Heer P. VANDERNOOT.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT
DE EERSTE VOORZITTER

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN