

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Communications électroniques et répartition des compétences

Jost, Julien; Queck, Robert

*Published in:*  
Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*  
2009

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Jost, J & Queck, R 2009, 'Communications électroniques et répartition des compétences: chantiers importants en cours', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 34, pp. 5-27.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# ÉDITORIAL

## Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours<sup>1</sup>

*Les communications électroniques et l'Internet à haut débit en particulier jouent un rôle clé dans le bon développement de la société de l'information, au profit de l'économie et des citoyens. Une réglementation effective et appropriée de ce secteur est donc primordiale et suppose notamment, dans notre État fédéral, une répartition des compétences claire, appliquée de manière transparente et efficace dans le domaine des communications électroniques entre Communautés (compétentes en matière de radiodiffusion) et l'autorité fédérale (compétente pour les autres formes de communications électroniques). Or, cette répartition des compétences est affectée par la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, qui se caractérise par l'apparition de nouveaux services et la « désécialisation » technique des infrastructures.*

*Dans ce contexte, cet éditorial aborde plusieurs sujets importants d'actualité affectés par cette question de répartition des compétences : Quelle définition donner à la notion de radiodiffusion ? Comment se déroule la transposition de la directive « services de médias audiovisuels sans frontières » en Belgique ? Comment se passe la mise en œuvre de l'obligation de coopération imposée par la Cour constitutionnelle en la matière ? Une réforme institutionnelle s'impose-t-elle ? Quelles sont les conséquences de cette répartition des compétences en matière de gestion du spectre ?*



*Electronic communications and high-speed Internet in particular play a key role in the development of the information society, for the benefit of the economy and the citizens. An effective and appropriate regulation of this sector is thus essential and suppose in particular, in our federal State, a clear distribution of competences, applied in a transparent and effective way in the field of electronic communications between the Communities (competent in broadcasting matters) and the federal authority (competent for the other forms of electronic communications).*

*Now, this distribution of competences is affected by the convergence of the telecommunications, media and information technology sectors which is characterized by the emergence of new services and the technical "despecialisation" of infrastructures.*

*In this context, this editorial discuss several current issues affected by this question of distribution of competences. How to define the notion of broadcasting ? How does the transposition of the "Audio-visual media services without frontiers" Directive take place in Belgium ? How is implemented the obli-*

<sup>1</sup> Certaines parties du présent éditorial se fondent sur J. JOST, R. QUECK, D. STEVENS et J. DUMORTIER (avec la collaboration de C. BURTON et Q. COPPIETERS 't WALLANT), « Convergence et répartition des compétences en Belgique fédérale – COBEL – Rapport de recherche pour le SPF Économie », non publié, 2008, 243 p. et sur R. QUECK, Q. COPPIETERS 't WALLANT, « La compétence de la Communauté germanophone en matière de radiodiffusion aux prises avec le progrès technologique », in K. STANGHERLIN (éd.), *La Communauté germanophone de Belgique*, Coll. Projucit, Bruges, La Charte, 2005, pp. 405-445.

*gation of cooperation imposed by the Constitutional court in this matter? Is an institutional reform necessary? What are the consequences of this distribution of competences for spectrum management?*

## 1. CONTEXTE

Les communications électroniques, à savoir la transmission de signaux (voix, données, programmes de radiodiffusion, etc.) par des moyens électromagnétiques (fils, câbles TV, fibres optiques, ondes hertziennes, etc.)<sup>2</sup>, et l'Internet à haut débit en particulier jouent un rôle clé dans le développement de la société de l'information, au profit de l'économie et des citoyens<sup>3</sup>. À cette fin, une réglementation et une régulation<sup>4</sup> effectives et appropriées du secteur s'avèrent primordiales.

Cela suppose notamment une répartition des compétences claire, appliquée de manière transparente et efficace. Or, dans notre pays, la réglementation et la régulation des « communications électroniques » relèvent de compétences partagées. D'une part, la radiodiffusion (sonore et télévisuelle) relève, en tant que matière culturelle, de compétences exclusivement attribuées aux communautés<sup>5</sup>, à l'exception toutefois de l'émission de communications du gouvernement fédéral<sup>6</sup>, et ce tant pour ce qui est des *contenus*, des programmes radiodiffusés et télévisés que pour leur transmission, c'est-à-dire la plupart des *aspects techniques*<sup>7</sup> (par exemple, l'assignation

<sup>2</sup> Ainsi, on comprend comme « réseau de communications électroniques », les « systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements [...] qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise » (art. 2, a) de la directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.C.E.*, L 108, 24 avril 2002, pp. 33 et s.).

<sup>3</sup> Voy. notamment : Commission européenne, Préparer l'avenir numérique de l'Europe – Examen à mi-parcours de l'initiative i2010, COM(2008)199, 17 avril 2008.

<sup>4</sup> Par « réglementation », nous entendons l'adoption de règles générales et abstraites, alors que par « régulation » nous visons l'application de ces règles au cas par cas.

<sup>5</sup> Articles 127, § 1<sup>er</sup>, 1° (pour les Communautés flamande et française) et 130, § 1<sup>er</sup>, 1° (pour la Communauté germanophone) de la Constitution ; articles 4, 6° de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (ci-après « L.S.R.I. »), *M.B.*, 15 août 1980 (pour les Communautés flamande et française) et 4, § 1<sup>er</sup> de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983, *M.B.*, 18 janvier 1984 (ci-après « L.C.G. »). Notons que si l'article 4, 6° de la L.S.R.I. mentionne bien « la radiodiffusion et la télévision » parmi les matières culturelles, l'interprétation belge du concept de « radiodiffusion », en tout cas lorsqu'il s'agit de délimiter les compétences, est large, de sorte que la notion de radiodiffusion inclut généralement la télévision (voy. par exemple C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.10.1, ou encore l'avis C.E. relatif au projet de loi relatif aux radiocommunications, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1979, n° 201/1, p. 4 et enfin S. BAZZANELLA et Ph. GÉRARD, *Télécommunications et audiovisuel : convergences de vues?*, Bruges, La Charte, 1997, p. 82. Nous utiliserons donc le concept de « radiodiffusion », visant dès lors aussi bien la radiodiffusion sonore que la radiodiffusion télévisuelle.

<sup>6</sup> Voy. à cet égard notamment M. UYTENDAELE, « Les nouvelles compétences communautaires, autres que l'enseignement », *J.T.*, 1989, pp. 103-104. D'ailleurs, dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, c'est l'État fédéral qui est, dans le cadre et dans la mesure de sa compétence pour les matières biculturelles, compétent pour la radiodiffusion (voy. ci-dessous, point 3).

<sup>7</sup> Sous réserve de la police générale des ondes qui continue à relever du niveau fédéral (voy. ci-dessous, point 4).

concrète des fréquences ou la transmission au moyen de réseaux de télédistribution) à l'exception de la police générale des ondes<sup>8</sup> qui relève du niveau fédéral (voy. ci-dessous, point 8). D'autre part, toutes les autres formes de communications électroniques (téléphonie, transfert de données autres que de radiodiffusion, etc.), parfois aussi désignées comme les « télécommunications », demeurent quant à elles dans le giron fédéral, en tant que ce dernier dispose dans notre schéma institutionnel des compétences résiduelles, non attribuées spécifiquement à un niveau de pouvoir<sup>9</sup>. La répartition belge des compétences applique donc un principe de « spécialisation juridique » (chaque niveau de pouvoir est censé être compétent pour un type déterminé de réseaux et services) et se caractérise donc par son étanchéité et le non-recoupement des compétences.

Cette répartition des compétences apparemment bien nette et tranchée est cependant affectée par le phénomène dit de *convergence* des secteurs des télécommunications, des médias audiovisuels et des technologies de l'information. La convergence, induite par des développements technologiques et économiques importants ces dernières années, est en effet venue semer le trouble dans cette répartition, et ce à un double titre.

D'une part, la définition exacte du critère de répartition des compétences qu'est la radiodiffusion a été affectée par l'apparition de nouveaux services comme la vidéo à la demande, qui dépassent les émissions « classiques » de radiodiffusion télévisuelle (voy. ci-dessous, point 2).

D'autre part, en ce qui concerne l'exercice des compétences de réglementation et de régulation sur les réseaux et services de communications électroniques au sens large, la convergence affecte le principe de « spécialisation juridique », qui était lui-même basé sur le postulat de la « spécialisation technique des infrastructures ». Cette dernière résultait du fait qu'une infrastructure déterminée était censée ne pouvoir être utilisée que pour un type déterminé de services de transmission – soit de radiodiffusion, soit d'autres formes de communications électroniques. Or nous constatons depuis quelques temps une « déspecialisation des infrastructures » qui fait en sorte que des services divers peuvent être offerts par leur intermédiaire. Dorénavant, une même infrastructure, un même réseau, peut généralement servir à la transmission de la voix, mais également de programmes de radiodiffusion (télévisuelle y compris) ou encore à offrir un accès à l'Internet. Par conséquent, plusieurs niveaux de pouvoirs (État fédéral et Communautés)<sup>10</sup>, et, partant, plusieurs législateurs et régulateurs peuvent être compétents pour cette même infrastructure, selon les services de transmission (radiodiffusion ou autre) qu'elle supporte. Le système du « chacun pour soi dans son domaine spécifique » n'est donc dans les faits plus tenable alors qu'il est juridiquement toujours prévu par notre Constitution et la législation (spéciale) qui l'applique telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle (voy. ci-dessous, point 4).

Sur cet arrière-fond institutionnel, la Commission européenne notait dans son rapport annuel sur l'évolution de la réglementation et des marchés de communications électroniques de 2006<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Cette dernière consiste en la détermination d'un cadre général relatif à l'attribution des fréquences et à la puissance des émetteurs et en le contrôle du respect de ce cadre.

<sup>9</sup> Voy. article 35 de la Constitution dont la disposition transitoire est toujours d'actualité.

<sup>10</sup> Afin de ne pas rendre trop complexe la présente analyse nous n'allons pas insister sur le rôle qui peut également être joué par les Régions.

<sup>11</sup> Commission européenne, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005 (11<sup>e</sup> rapport), COM(2006) 68, 20 février 2006, p. 10 et Commission Staff Working Document, Annex to the European Electronic Communications Regulation and Markets 2005 (11th Report), SEC(2006) 193, 20 février 2006, volume I, p. 48.

qu'avec l'émergence d'un environnement convergent et de services qui combinent la téléphonie, l'accès à Internet, la radiodiffusion et d'autres éléments audiovisuels en une offre unique, la séparation juridique traditionnelle qui existait dans beaucoup de pays, dont la Belgique, entre les structures réglementaires et régulateurs respectivement applicables aux secteurs de la radio-diffusion et des autres communications électroniques, devient de moins en moins logique<sup>12</sup> et risque d'engendrer de complexes processus réglementaires, source d'incertitude réglementaire, en particulier quand des compétences se recoupent.

La Commission exprimait d'ailleurs explicitement ses craintes que les problèmes institutionnels liés à la répartition des compétences entre État fédéral et Communautés n'ébranlent les tendances positives du marché observées sur notre marché national, en raison de cette insécurité juridique et de la fragmentation économique qu'ils peuvent susciter<sup>13</sup>. Et on a constaté en effet par la suite que des décisions importantes pour le marché n'ont pu être prises par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (l'I.B.P.T.) qu'avec un retard important, comme par exemple certaines analyses de marchés<sup>14</sup> tendant à déterminer la présence sur ces derniers d'opérateurs puissants et de leur imposer des obligations réglementaires spécifiques destinées à promouvoir la concurrence<sup>15</sup>. Les retards accusés dans ce domaine étaient sans doute dus, du moins pour une partie importante, à la problématique de la répartition des compétences<sup>16</sup>. On a d'ailleurs constaté aussi que bon nombre d'actes législatifs (fédéral et communautaires) ont depuis 2004 été annulés partiellement par la Cour d'arbitrage (désormais et ci-après Cour constitutionnelle) en raison de cette problématique de la répartition des compétences, ce qui n'a pas non plus favorisé la sécurité juridique (voy. *infra*, point 4)<sup>17</sup>.

Depuis lors, des progrès notables ont toutefois été réalisés, notamment par la conclusion, le 27 novembre 2007, d'un accord de coopération entre État fédéral et Communautés en matière de réglementation et de régulation des réseaux de communications électroniques (voy. *infra*, point 5). Malgré ces progrès, beaucoup reste néanmoins à faire comme en témoigne un avis du Comité consultatif pour les télécommunications (C.C.T.) du 13 octobre 2008. Cet avis, qui se penche sur les activités de l'I.B.P.T., fait état de la « nécessité absolue d'une politique cohérente et

<sup>12</sup> Voy. aussi le Comité consultatif pour les télécommunications belge, selon lequel « la manière dont les compétences sont réparties dans notre structure de l'État n'est pas adaptée à la convergence » (Comité consultatif pour les télécommunications, « Comment augmenter la pénétration du large bande en Belgique ? », 31 janvier 2007, p. 30, <http://www.cct-rct.be/docs/adviezen/2007/070131%20breedband%20fr.pdf>).

<sup>13</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>14</sup> Plus particulièrement le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux ainsi que le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (marché dit du « *bitstream* »).

<sup>15</sup> Voy. notamment à cet égard les articles 14 à 16 de directive « cadre » précitée, ainsi que les articles 54 à 65 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, 2<sup>e</sup> éd.

<sup>16</sup> JONES DAY, SPC Network, ECTA, Regulatory Scorecard 2008, Report on the relative effectiveness of the regulatory frameworks for electronic communications in Austria, Belgium, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Slovenia, Spain, Sweden, the United Kingdom and Turkey, Annex II – Belgium, 29 janvier 2009 pp. 11-13 (<http://www.ectportal.com/en/basic651.html>). Ce rapport note qu'en effet, un projet de décision de l'I.B.P.T. était prêt en juin 2006 et n'a pu être adopté définitivement qu'en janvier 2008 et ajoute que « the specifications of the Belgian procedural systems [...] sets the duration for the market analysis procedure for these markets outside the control of the NRA ».

<sup>17</sup> À cet égard, voy. notamment Commission Staff Working Document, Annex to the European Electronic Communications Regulation and Markets 2006 (12<sup>th</sup> Report), SEC(2007) 403, 29 mars 2007, volume I, p. 82.

d'une collaboration accrue entre les différentes autorités concernées dans les secteurs des télécommunications et de la radiodiffusion. Face à une répartition imbriquée des compétences entre l'État fédéral et les Communautés, une collaboration plus intense entre les instances concernées est absolument nécessaire afin de permettre à l'I.B.P.T. ainsi qu'aux régulateurs communautaires d'exercer leurs fonctions de façon plus efficace et afin d'augmenter la sécurité juridique. L'I.B.P.T. doit donc mettre tout en œuvre pour exécuter et faire porter ses fruits à l'accord de coopération<sup>18</sup>. Et cet avis d'énoncer ensuite qu'« il faut donner toutes ses chances à l'accord de coopération de novembre 2006 et évaluer régulièrement son fonctionnement de manière à déterminer notamment si d'autres mesures s'avèrent nécessaires »<sup>19</sup>.

Dans ce contexte, l'année 2009 s'annonce comme une année charnière, au vu des nombreux chantiers importants actuellement en cours<sup>20</sup>. Nous évoquerons ci-dessous certains de ces chantiers, dont certains dépassent il est vrai la stricte problématique de la répartition des compétences face à la convergence.

## 2. DÉFINITION DE LA RADIODIFFUSION<sup>21</sup>

**2.1.** Comme nous l'avons exposé ci-dessus, la réglementation de la radiodiffusion, matière culturelle, revient dans notre État aux Communautés, alors que les autres formes de communications électroniques relèvent de l'État fédéral. Dès lors, la définition de cette notion de radiodiffusion revêt une importance déterminante dans notre répartition des compétences, en tant que critère délimitant l'étendue des compétences des Communautés et, par voie de conséquence, celles de l'État fédéral.

Or, ni la Constitution, ni la L.S.R.I. ou encore la L.C.G. ne définissent ce concept. Ceci permet notamment une interprétation évolutive du concept, au gré des évolutions technologiques, sans avoir à systématiquement modifier la Constitution ou les lois de réformes institutionnelles. On crée

<sup>18</sup> Comité consultatif pour les télécommunications, Recommandations concernant les activités de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications en exécution de l'article 4, alinéa 2, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, 13 octobre 2008, rapport de synthèse, p. 6 (<http://www.cct-rct.be/docs/adviezen/2008/081013%20Aanbevelingen%20FR.pdf>).

<sup>19</sup> *Idem*, p. 14. Dans le même ordre d'idées, la Commission européenne notait en 2008 qu'il fallait maintenant voir comment l'accord de coopération allait fonctionner en pratique (Commission Staff Working Document, Document accompanying the Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2007 (13<sup>th</sup> Report), SEC(2008) 356, 19 mars 2008, volume I, pp. 75-76).

<sup>20</sup> Si cet éditorial est avant tout centré sur la Belgique, il importe cependant de rappeler également la réforme du cadre réglementaire européen des communications électroniques actuellement en cours et pour laquelle la deuxième lecture de la procédure de codécision vient d'être entamée. À cet égard, voy. [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecommm/tomorrow/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/tomorrow/index_en.htm). Dans ce cadre, est notamment envisagée une modification significative du régime de la gestion des radiofréquences. Il convient encore de mentionner le projet de recommandation de la Commission européenne sur les réseaux d'accès à haut débit de prochaine génération qui devrait être adopté dans le courant de l'année 2009 (voy. Draft Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), 18 septembre 2008, [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecommm/library/public\\_consult/nga/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/library/public_consult/nga/index_en.htm)).

<sup>21</sup> Sur cette question, voy. notamment F. JONGEN, « Répartition des compétences et radiodiffusion : et un, et deux, et trois zéros ? », note sous C. const., 6 novembre 2002, n° 156/2002, *A&M*, 2003, pp. 127-129; R. QUECK et Q. COPPIETERS 't WALLANT, *op. cit.*, pp. 417-421; P. VALCKE, D. STEVENS, E. LIEVENS, K. LEFVEER, « Communicatierecht », in P. VALCKE, J. DUMORTIER (red.), *Trends in digitale televisie – Juridische Uitdagingen*, Brugge, die Keure, 2008, pp. 3-11.

ainsi la flexibilité nécessaire à un secteur soumis à des évolutions rapides et même imprévisibles. Il incombe par conséquent à la Cour constitutionnelle d'interpréter le concept de radiodiffusion à l'occasion de procédures dans lesquelles elle est amenée à se prononcer sur la portée donnée à la notion par différentes mesures législatives<sup>22</sup>.

Pendant de nombreuses années, l'étendue de cette notion de radiodiffusion ne suscita guère de discussions. Elle n'englobait que les services de radiodiffusion et de télévision « classiques », qui fournissaient simultanément aux auditeurs et téléspectateurs des programmes sur la base d'une grille de programmes prédéterminée par le fournisseur et donc à un moment déterminé par ce dernier. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, l'évolution technologique et en particulier la convergence changea la donne à cet égard. À côté de ces services « classiques » sont en effet apparus des services, telle la vidéo à la demande, qui permettent à l'utilisateur de voir des programmes sur demande individuelle et au moment qu'il choisit, rendant incertaines les frontières entre services de radiodiffusion et de télécommunications.

Face à la convergence et devant déterminer si ces nouveaux services tombent bel et bien dans le champ du concept de radiodiffusion (et donc dans le champ de la compétence des Communautés), la Cour constitutionnelle a progressivement affiné la définition de la radiodiffusion.

Par des arrêts de 1998, 2000 et 2002<sup>23</sup>, elle a en effet adapté et élaboré ses critères et semble maintenant être arrivée au stade d'une relative consolidation. Ainsi, l'arrêt n° 132/2004 confirme pour l'essentiel la position adoptée en 2002 et est à son tour repris quasi textuellement par l'arrêt n° 155/2004<sup>24</sup> et par l'arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005. Ainsi, la Cour définit de manière plus précise la notion de service de radiodiffusion, qui comprend de manière assez large la fourniture d'« informations publiques destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et qui n'ont aucun caractère confidentiel, même si leur diffusion se fait sur demande individuelle et quelle que soit la technique utilisée pour celle-ci. En revanche, un service qui fournit de l'information individualisée et caractérisée par une forme de confidentialité ne relève pas de la radiodiffusion »<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Le Conseil d'État s'est d'ailleurs également prononcé sur la question. Voy. par exemple l'avis C.E. relatif au projet de loi relatif aux radiocommunications, cité ci-dessus, p. 4; avis C.E. relatif à la proposition de décret relatif aux émissions de radiodiffusion sonore et télévisuelle diffusées par voie du câble, *Doc., Cons. Comm. fr., sess. 1982-1983*, n° 108/2, pp. 2-3; projet de loi relatif aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision, avis du Conseil d'État, *Doc. parl., Ch. repr., sess. 1984-1985*, n° 1222/1, p. 13.

<sup>23</sup> C. const., 24 juin 1998, n° 76/98, B.11 et B.12; C. const., 31 octobre 2000, n° 109/2000, B.5.4 et B.6.2 et C. const., 6 novembre 2002, n° 156/2002, B.4.4 et B.6.

<sup>24</sup> C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B. 10.1 et B.10.2; C. const., 22 septembre 2004, n° 155/2004, B.4.1 et B.4.2. En ce qui concerne le premier arrêt, voy. B. DOQUIER, « Cour d'arbitrage 14 juillet 2004 », *R.D.C.*, 2005/1, pp. 104-105; R. QUECK et P. VALCKE, avec la collaboration de Q. COPPIETERS T'WALLANT, « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004 : percée ou impasse », note d'observations sous C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, *R.D.T.I.*, 2005, n° 21, pp. 51-73; D. STEVENS, « De bevoegdheidverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp », (noot onder Arbitragehof 14 juli 2004, 132/2004 – Arbitragehof 22 september 2004, 155/2004), *A&M*, 2005/2, pp. 159-166.

<sup>25</sup> C. const., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.7.2. Il convient d'ajouter que « la caractéristique essentielle de la radiodiffusion et de la télévision est le fait de fournir des informations publiques à l'ensemble du public. Dans une interprétation évolutive de la notion de diffusion, cela inclut également la diffusion sur demande individuelle. Les activités de diffusion ne perdent pas leur nature au motif que, par suite de l'évolution des techniques, une plus large possibilité de choix est offerte au téléspectateur ou à l'auditeur » (arrêt n° 132/2004 précité, B.10.2).

Par conséquent, de « nouveaux » services comme la vidéo à la demande tombent, selon la Cour, sous le concept de radiodiffusion. Celui-ci englobe donc, au sens européen, l'ensemble des « services de médias audiovisuels » (voy. ci-dessous, point 3), tout comme certains « services de la société de l'information »<sup>26 27</sup>.

Se pose à notre avis encore une dernière question dans ce contexte: serait-il opportun d'inclure dans la législation constitutionnelle non seulement le critère, mais aussi sa définition? Il nous semble revenir plutôt au législateur spécial de fixer l'étendue de la compétence des Communautés et non pas à la Cour constitutionnelle. Il est cependant vrai que si dans notre répartition des compétences, nous utilisons une définition jurisprudentielle, cela a pu permettre à la Cour de tenir plus facilement compte d'évolutions technologiques (même si un arrêt intervient seulement *ex post*, c'est-à-dire une fois qu'un litige est né). Codifier la définition porterait atteinte à cette flexibilité (voy. ci-dessus), mais ce que nous perdriions en flexibilité, nous le gagnerions alors sans doute en sécurité juridique (même si dans quelques années il faudra de nouveau adapter, avec les majorités spécifiques requises, le texte). La question mérite à notre avis une réflexion plus approfondie.

**2.2.** En ce qui concerne ce concept de « radiodiffusion » comme critère de répartition des compétences, le « premier paquet » de mesures d'une nouvelle réforme institutionnelle, soumis au législateur en 2008, suggère de remplacer à l'article 4, 6°, de la L.S.R.I. la phrase « la radiodiffusion et la télévision à l'exception de communications du gouvernement fédéral » par « les médias et les communications électroniques qui n'ont pas de caractère confidentiel, à l'exception des communications du gouvernement fédéral »<sup>28</sup>.

Dans son introduction générale, cette proposition envisage un transfert de la compétence pour certains aspects de la politique des télécommunications (au sens de communications électroniques autres que la radiodiffusion) aux Régions<sup>29</sup>. Le commentaire spécifique de l'article 2 qui entend procéder au remplacement des concepts, précise cependant que « la compétence relative aux réseaux et services de communications électroniques demeure inchangée ». L'objectif de la modification est plutôt de prendre en compte la convergence et l'évolution de la jurisprudence

<sup>26</sup> Voy. directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.C.E.*, L 204/1, du 21 juillet 1998. Selon l'article 1<sup>er</sup>, 2, constitue un service de la société de l'information, « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services », ce qui inclut la vidéo à la demande. En ce qui concerne l'applicabilité de la directive 98/34/CE aux services de médias audiovisuels, voy. directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.U.E.*, L 332/27 du 18 décembre 2007, considérant 13.

<sup>27</sup> Notons à cet égard que, selon la Cour constitutionnelle, une définition européenne ne saurait « être invoquée *a priori* de façon déterminante en vue de délimiter les compétences attribuées respectivement à l'État fédéral et aux Communautés par la Constitution ou en vertu de celle-ci » (C. const., 31 octobre 2000, n° 109/2000, B.5.3.2.). D'ailleurs, « la transposition dans l'ordre juridique belge d'une directive européenne ne peut se faire que dans le respect des règles qui déterminent les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions » (*idem*, B.4.1).

<sup>28</sup> Proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 4-602/1, art. 2.

<sup>29</sup> *Idem*, pp. 2 et 5. Que le transfert aurait lieu en faveur des Régions n'est pas explicitement dit, mais nous semble ressortir de l'économie générale du texte.

de la Cour constitutionnelle qu'elle a induite<sup>30</sup> et d'« inscrire cette interprétation de la compétence des Communautés en matière de radiodiffusion dans la loi spéciale »<sup>31</sup>.

À cet égard, le Conseil d'État note que « selon le commentaire de l'article, la modification vise à prendre en compte la définition de la radiodiffusion, telle qu'elle est adoptée par la Cour constitutionnelle » et « si, dès lors, l'intention n'est pas de modifier la répartition actuelle des compétences [...], mieux vaut ne pas modifier la loi spéciale sur ce point »<sup>32</sup>. Pour le reste, nous devons pointer, à l'instar du Conseil d'État, les insuffisances et incertitudes de la modernisation projetée du concept qui se borne à reprendre une partie seulement de la définition de la Cour constitutionnelle tout en y ajoutant la notion fort large de « médias ».

En effet, d'une part, « la signification courante de la notion de "médias" englobe également les médias qui ne peuvent être qualifiés de radiotélédiffusion, comme par exemple la presse écrite » qui en tant que telle ne relève pas de la compétence des Communautés (si ce n'est pour le soutien à la presse écrite<sup>33</sup>). Selon le Conseil d'État, pour ne pas donner l'impression que la compétence des Communautés est élargie, il vaudrait mieux garder la formulation actuelle et donc ne pas utiliser le concept de « médias »<sup>34</sup>.

D'autre part, au vu de la définition de la « radiodiffusion » adoptée par la Cour constitutionnelle et reprise ci-dessus, on ne peut que constater que « les termes "communications électroniques qui n'ont pas de caractère confidentiel", utilisés dans la proposition, reproduisent cette définition d'une manière trop succincte »<sup>35</sup>. En effet, la définition de la Cour contient d'autres critères que le seul caractère non confidentiel des informations transmises. Il faut en fait notamment une fourniture d'informations et ces informations doivent, du point de vue de celui qui les diffuse, être destinées à un large public<sup>36</sup>. Ce critère de destination est d'ailleurs repris dans l'exigence suivant laquelle les informations transmises ne peuvent pas être individualisées (c'est-à-dire confectionnées sur mesure pour un consommateur spécifique). Ce critère de l'individualisation doit d'ailleurs selon nous être réalisé cumulativement avec celui de la confidentialité pour qu'une information échappe à la qualification de radiodiffusion<sup>37</sup>.

Notons dans ce contexte que la formulation « les médias et les communications électroniques qui n'ont pas de caractère confidentiel » nous laisse également perplexe dans la mesure où la proposition de loi spéciale utilise la conjonction « et », ce qui constitue un élément supplémentaire de nature à étendre la compétence des Communautés au-delà de la matière culturelle que constitue la radiodiffusion.

<sup>30</sup> Le commentaire des articles (Proposition de loi spéciale n° 4-602/1, cité *supra*, p. 12) cite explicitement la définition des services de radiodiffusion donnée par la Cour constitutionnelle et reprise ci-dessus.

<sup>31</sup> Proposition de loi spéciale précitée, p. 12.

<sup>32</sup> Proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 4-602/2, p. 2.

<sup>33</sup> Art. 4, 6bis de la L.S.R.I., art. 4, § 1<sup>er</sup>, de la L.C.G.

<sup>34</sup> Proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 4-602/2, p. 2.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 3.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>37</sup> P. VALCKE, D. STEVENS, E. LIEVENS et K. LEFEVER, *op. cit.*, pp. 7-9. Ces derniers mentionnent en outre le critère de l'« information publique », sans toutefois que nous disposions de plus de précisions quant à la signification de ce critère.

Par conséquent, si le législateur (spécial) considérait effectivement opportun de remplacer le concept de radiodiffusion dans l'article 4 de la L.S.R.I. (et par conséquent aussi dans l'article 4 de la L.C.G. qui renvoie à la L.S.R.I.), un concept comme celui de « services de médias audiovisuels » nous paraît plus approprié<sup>38</sup>. Procéder de la sorte évite notamment un risque d'ambiguïté par rapport aux concepts européens utilisés par la directive « services de médias audiovisuels » (voy. ci-dessous, point 3).

Eu égard au fait que cette proposition de loi spéciale, déposée au Sénat le 5 mars 2008, n'a depuis lors guère connu d'avancées<sup>39</sup> et tenant compte du climat politique actuel, on peut du reste émettre certains doutes quant à l'imminence de l'adoption de cette proposition de loi.

### 3. TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « SMA »

La transposition de la directive « services de médias audiovisuels »<sup>40</sup>, adoptée en décembre 2007, doit être réalisée par les États membres de l'Union européenne, soit dans notre pays par les Communautés respectives, ainsi que l'État fédéral (compétent en matière de radiodiffusion dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale dans le cadre de sa compétence pour les matières dites *biculturelles*<sup>41</sup>), pour le 19 décembre 2009 au plus tard. À l'heure actuelle, seul le Parlement de la Communauté française a adopté le projet de décret transposant cette directive<sup>42</sup>, alors que le projet de décret flamand est actuellement examiné par le Parlement de la Communauté flamande<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> À l'instar de ce que le Parlement de la Communauté française a fait pour son décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion qu'il appellera dorénavant « décret sur les services de médias audiovisuels » (voy. ci-dessous, point 3).

<sup>39</sup> Après le dépôt de la proposition et l'avis du Conseil d'État, des amendements ont toutefois été déposés le 1<sup>er</sup> juillet 2008 (Proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles, amendements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 4-602/3).

<sup>40</sup> Directive 2007/65/CE, *cité supra*. L'article 1.1 de la directive 2007/65/CE modifie l'intitulé de la directive 89/552/CEE dite « télévision sans frontières », qui devient la « directive 89/552/CEE [...] visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels ») ».

<sup>41</sup> Les réseaux et services de radiodiffusion (en ce compris la distribution) dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale ressortissent, en tant que matière biculturelle, à la compétence fédérale dans la mesure où ils ne peuvent être attribués exclusivement à une Communauté spécifique. En effet, selon l'article 127, § 2, de la Constitution, les décrets communautaires respectifs « ont force de loi [...] à l'égard des institutions établies dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ». C'est la langue de la programmation qui doit servir de critère pour qualifier les activités des distributeurs et diffuseurs sur le territoire de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale (voy. avis du C.E., proposition de loi concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion établis dans la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. extr. 1991-1992, n° 475/2, pp. 4 et 5 et aussi J. BAERT, *Media (art. 4, 6° en 6°bis, BHW)*, coll. De bevoegdheidsverdeling in het federale België – deel 5 (G. VAN HAEGENDOREN, B. SEUTIN, eds.), Brugge, die Keure, 1999, pp. 130-131 ; S. BAZZANELLA, Ph. GÉRARD, *op. cit.*, pp. 97-99 ; F. JONGEN, « Un arrêt plus clair », note sous C. const., n° 1/91, 7 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 657.

<sup>42</sup> Le projet de décret modifiant le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion et le décret du 9 janvier 2003 relatif à la transparence, à l'autonomie et au contrôle des organismes publics, des sociétés de bâtiments scolaires et des sociétés de gestion patrimoniale qui dépendent de la Communauté française, 22 décembre 2008 (*Doc.*, Cons. Com. fr., sess. ord. 2008-2009, 634/1), adopté le 3 février 2009 (voy. compte rendu intégral n° 10 de cette assemblée, séance du mardi 3 février 2009), devrait être très prochainement publié au *M.B.*

<sup>43</sup> Ontwerp van decreet betreffende de radio-omroep en televisie, 19 décembre 2008, *Doc.*, Cons. Com. fl., sess. ord. 2008-2009, 2014/1.

Au sens des modifications intervenues dans la directive de décembre 2007, la notion de « services de médias audiovisuels »<sup>44</sup> comprend aussi bien les émissions dites « télévisées », de type classique (linéaire), c'est-à-dire les services permettant le visionnage simultané de programmes, que les « services de médias audiovisuels à la demande » (non linéaires) c'est-à-dire les services permettant « le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias »<sup>45</sup>. Ces deux types de services constituent tous deux des « médias de masse »<sup>46</sup> mais sont toutefois soumis à des régimes différents.

L'extension du champ d'application de cette réglementation aux services dits non linéaires (ou à la demande) ne devrait pas poser de problèmes institutionnels particuliers lors de sa transposition dans l'ordre juridique belge, la notion de radiodiffusion telle que définie largement par la Cour constitutionnelle y incluant d'ores et déjà ce type de service (voy. ci-dessus, point 2).

#### 4. RÉGLEMENTATION DE LA TRANSMISSION DE SIGNAUX ET COOPÉRATION OBLIGATOIRE

**4.1.** La compétence des Communautés en matière de radiodiffusion concerne au premier chef les *contenus* radiodiffusés et télévisés en raison de leur signification culturelle. Cependant, la Cour constitutionnelle considère depuis 1990 que cette compétence s'étend à l'ensemble de la matière de la radiodiffusion et donc y compris à ses *aspects techniques*, à l'exception de la police générale des ondes qui demeure de compétence fédérale<sup>47</sup> (voy. ci-dessous). L'État fédéral est également compétent pour les autres réseaux et services de transmission par voie électromagnétique.

En précisant ainsi qu'il n'appartenait pas au niveau fédéral de régler les aspects techniques de la radiodiffusion et par exemple d'octroyer les autorisations « techniques » permettant l'établissement d'un réseau de radiodiffusion, la « Cour d'arbitrage a voulu éviter [...] que l'autorité fédérale

<sup>44</sup> Défini à l'article 1<sup>er</sup>, a) de cette directive comme :

« – un service tel que défini aux articles 49 et 50 du traité, qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la directive 2002/21/CE. Un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée au sens du point e) du présent article, soit un service de médias audiovisuels à la demande au sens du point g) du présent article, et/ou – une communication commerciale audiovisuelle ».

<sup>45</sup> Pour en savoir plus sur ces concepts, voy. R. CHAVANNES, O. CASTENDYCK, « Directive 2007/65/EC 'Audiovisual Media Services Directive' – Chapter I Definitions », in O. CASTENDYCK, E. DOMMERING, A. SCHEUER, *European Media Law*, Alphen/d Rijn, Kluwer Law International, 2008 pp. 799-846.

<sup>46</sup> « C'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste [...] en tant que moyens d'information, de divertissement et d'éducation du grand public » (considérants 16 et 18 de la directive 2007/65/CE précitée).

<sup>47</sup> C. const., 25 janvier 1990, n° 7/90, 2.B.3, 2.B.6 et dispositif; C. const., 7 février 1991, n° 1/91, B.5, B.8 et dispositif. Voy. également concernant cette fois des équipements de radiocommunications ne présentant aucun lien avec la radiodiffusion, relevant donc de la compétence de l'État fédéral: C. const., 1<sup>er</sup> juillet 1993, n° 52/93.

ne développe indirectement une politique médiatique par le biais des licences techniques»<sup>48</sup>, empiétant ainsi sur la politique des Communautés en la matière<sup>49</sup>.

Cette répartition des compétences était tout à fait commode à une époque où les infrastructures de transmission étaient spécialisées et servaient soit à la transmission de signaux de radiodiffusion/distribution, soit à celle d'autres types de signaux. Comme nous l'avons vu, la convergence emporte toutefois une «déspécialisation» technique de ces infrastructures, ce qui signifie que les différents réseaux tendent à être utilisables et utilisés à de multiples fins.

En 2004, la Cour constitutionnelle se rendit compte que cette utilisation conjointe<sup>50</sup> de l'infrastructure de transmission entraîne une inextricable imbrication des compétences communautaire et fédérale<sup>51</sup> en matière des communications électroniques et, partant, un risque de dispositions réglementaires contradictoires<sup>52</sup>. Par conséquent, la Cour décida que les différents niveaux de pouvoir et autorités concernés ne peuvent plus prendre des décisions unilatérales en la matière et elle leur imposa une obligation de coopération<sup>53</sup> et de «réglementation prise de commun accord»<sup>54</sup>, à défaut bien entendu d'une modification de la répartition des compétences elle-même<sup>55</sup>.

La Cour constitutionnelle fonde cette obligation de coopération, non prévue par la législation constitutionnelle et en particulier l'article 92*bis* de la L.S.R.I., sur le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences<sup>56</sup>. Ce principe signifie que dans l'exercice de ses compétences, un niveau de pouvoir ne peut rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice par

<sup>48</sup> CALUWÉ, COENE, DESMEDT, HOTYAT, «Évaluation du fonctionnement des nouvelles structures fédérales», rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1998-1999, n° 1-1333/1 du 30 mars 1999, p. 460.

<sup>49</sup> Sur la question des liens qui existent entre réglementation de la transmission et réglementation des contenus, et sur l'influence que la première peut exercer sur la seconde, voy. ci-dessous, point 6.

<sup>50</sup> Voy. Conseil d'État, projet de loi portant des dispositions diverses (II), avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2006-2007, n° 2761/11, p. 5 (et la liste d'avis du Conseil d'État qui y est reprise).

<sup>51</sup> C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.6.2. Ce point est expressément cité par C. const., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.2 et par C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.3.1. En ce qui concerne ce dernier arrêt, voy. D. STEVENS, P. VALCKE, «Verplichte samenwerking in de elektronische-communicatiesector: wat baten kaars en bril...», noot onder Arbitragehof, arrest nr. 163/2006 van 8 november 2006 (rolnummer 3851), *R.D.C. – T.B.H.*, 2007/3, pp. 230-232.

<sup>52</sup> C. const., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.3 et C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.4. Voy. aussi C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.7. *in fine*. Si, pour la Cour constitutionnelle, le risque de dispositions contradictoires est donc d'une manière générale la raison d'être de l'obligation de coopération, laquelle vise à les éviter, la cour d'appel de Bruxelles, juridiction des recours à l'encontre des décisions de l'I.B.P.T., semble quant à elle adopter une approche plus restrictive, limitant l'exigence de coopération aux cas où un risque de décisions contradictoires existe et est prouvé *in concreto* (Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> juin 2007, *Belgacom c. I.B.P.T.*, R.G. n° 2006/AR/2154, points 5 et 11), disponible via [www.I.B.P.T.be](http://www.I.B.P.T.be). Cette décision fait l'objet d'un pourvoi en cassation et le recours portait dans cette affaire sur une décision du régulateur adoptée antérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord de coopération du 17 novembre 2006).

<sup>53</sup> C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.5.1 et 6.2. Ces points sont cités par C. const., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.2 et par C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.3.1. Notons d'ailleurs que les articles 5.4 et 6 de la directive «cadre» stipulent que si dans un État membre plusieurs organismes assurent des fonctions d'autorité réglementaire dans le domaine des communications électroniques, ces autorités doivent se consulter et coopérer sur des sujets d'intérêt commun (voy. aussi C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.5.2, à son tour cité par C. const., 13 juillet 2005, n° 128/05, B.6.2 et par C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.3.1).

<sup>54</sup> C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.7.1.

<sup>55</sup> *Idem*, B.7.2.

<sup>56</sup> *Idem*, B.6.2., cité par C. const., 13 juillet 2005, n° 128/05, B.6.2 et par C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.3.1.

un autre niveau de pouvoir de ses propres compétences<sup>57</sup>. Cela implique *in casu* pour la Cour, vu l'imbrication des compétences respectives en matière de radiodiffusion et des autres formes de communications électroniques, une *nécessaire coopération* et l'impossibilité pour un niveau de pouvoir d'adopter unilatéralement des mesures<sup>58</sup>. Il s'agit là d'une interprétation très large du principe de proportionnalité qui a d'ailleurs été critiquée par la suite: ainsi interprété, il impose en effet non seulement de respecter les compétences des autres autorités, mais peut même aller jusqu'à rendre impossible l'exercice par un niveau de pouvoir de ses propres compétences dans le cas où un autre niveau de pouvoir refuse de coopérer<sup>59</sup>. Cette interprétation pourrait néanmoins se justifier par le fait que les communications électroniques constituent un cas spécifique<sup>60</sup>, vu que l'imbrication des compétences en la matière est tout particulièrement forte en raison des évolutions technologiques.

**4.2.** Dans son arrêt n° 132/2004 et ensuite dans ses arrêts n° 128/2005 et 163/2005<sup>61</sup>, la Cour constitutionnelle a précisé et circonscrit davantage le champ de l'obligation de coopération<sup>62</sup> et de la réglementation prise de commun accord de manière plus précise. Ces délimitations peuvent sans doute aussi être comprises comme une réaction au caractère quelque peu exorbitant de l'interprétation du principe de proportionnalité. Actuellement, sont couverts par cette obligation, la réglementation et la régulation de «l'infrastructure et [d]es services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications dans un sens strict, d'autre part»<sup>63</sup>, en ce compris la détermination des compétences des régulateurs dans ces matières ainsi que l'exercice de ces compétences<sup>64 65</sup>. Les infrastructures ou services

<sup>57</sup> Voy. par exemple C. const., 22 novembre 2006, n° 172/2006, B.8 et 11.

<sup>58</sup> C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.6.2., cité *supra*.

<sup>59</sup> W. PAS, «Federale loyautéit, de bevoegdheid inzake toerisme en unicommunautaire reisbureaus. Enkele bedenkingen bij het arrest 119/2004 van het Arbitragehof», *T.B.P.*, 2005/3, pp. 152-154. Voy. également F. JUDO, «Heterogene bevoegdheidspakketten als bron van verplichte samenwerking», *RABG* 2005, afl. 5, pp. 414-419; D. STEVENS, «De bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp (noot onder Arbitragehof 14 juli 2004, 132/2004 – Arbitragehof 22 september 2004, 155/2004)», *A&M*, 2005/2, p. 164 et P. WERNER, «Télécommunication, radiodiffusion ... et coopération – La fin d'une saga politico-judiciaire?», *CDPK*, 2008-1, pp. 156-160 et 165.

<sup>60</sup> W. PAS, *op. cit.*, p. 152, note 50 et pp. 153-154.

<sup>61</sup> Cité *supra*.

<sup>62</sup> L'accord de coopération conclu le 17 novembre 2006 (voy. ci-dessous, point 5) va quant à lui jusqu'à prévoir une consultation mutuelle lors de tout exercice de compétences (réglementaire et régulateur) plus généralement en matière de réseaux de communications électroniques. La cour d'appel de Bruxelles parle à cet égard d'une «interprétation très extensive de l'obligation de coopération» (Bruxelles (18° ch.), 12 novembre 2008, *Belgacom c. I.B.P.T.*, R.G. n° 2006/AR/2484, point 22, disponible via [www.I.B.P.T.be](http://www.I.B.P.T.be)).

<sup>63</sup> C. const., 8 novembre 2006, 163/2006, B.4.

<sup>64</sup> C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.6.2. La Cour n'exige pas expressément une coopération entre les régulateurs dans l'exercice de leurs compétences. Cette dernière nous semble cependant naturellement s'imposer, le risque de décisions contradictoires étant en effet tout aussi présent à ce niveau. Voy. aussi la mention par la Cour constitutionnelle de l'article 4.3 de la directive «cadre» dans plusieurs de ces arrêts, par exemple, C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.5.2.

<sup>65</sup> On peut en plus considérer comme incluses dans l'obligation de coopération les ressources associées (systèmes d'accès conditionnel, interfaces de programmes d'application, guides électroniques de programmes) en matière de radiodiffusion, les normes pour l'émission de signaux télévisés en format 16:9, l'interopérabilité des services et équipements de télévision numérique (C. const., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.1.2 et 6.6) ainsi que les obligations de diffuser (*must carry*) (C. const., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.6 et 10). La Cour d'arbitrage a sans doute estimé que leur impact sur l'infrastructure commune était suffisamment fort pour justifier une obligation de coopération à l'occasion de leur réglementation (et régulation). À cela s'ajoute, selon l'arrêt n° 163/2006, la matière des droits de passage

communs sont des infrastructures et services qui se prêtent à un double usage (radiodiffusion et autres communications électroniques), usages pour lesquels deux niveaux de pouvoir différents sont compétents. La Cour entend par infrastructures communes, celles qui sont soit utilisées, soit utilisables<sup>66</sup> à cette double fin (celles-ci qui semblent être la règle à l'heure actuelle étant donné la convergence). En ce qui concerne la limitation de l'obligation de coopération aux services communs, l'incidence qu'exerce tout service de communications électroniques (et sa réglementation) sur les infrastructures (communes) de communications électroniques, de par le simple fait qu'ils sont mis en œuvre au moyen de ces infrastructures, pourrait laisser penser qu'il existe un risque de décisions contradictoires justifiant l'inclusion de tous les services de communications électroniques dans le champ de l'obligation de coopération.

**4.3.** Dans deux arrêts postérieurs, la Cour se prononça sur la répartition des compétences entre l'État fédéral, compétent en matière de télécommunications autres que la radiodiffusion, et Régions, jugeant cette fois que le respect du principe de proportionnalité n'exigeait pas une coopération d'office entre ces niveaux de pouvoir.

Dans le premier cas, l'État fédéral exerçait ses compétences en matière de droits de passage pour l'établissement d'infrastructures de télécommunications et était confronté à la compétence des Régions en matière de gestion de la voirie publique<sup>67</sup>. Dans ce cas, la Cour jugea que ces deux niveaux de pouvoir pouvaient exercer leurs compétences respectives sans être astreints à coopérer. Les Régions sont ainsi fondées à réclamer une redevance pour l'utilisation de leur espace public par des opérateurs de réseaux de télécommunications, même si l'État fédéral, en matière de droits de passage pour la mise en place d'un tel réseau, prévoit la gratuité de cette utilisation, pour autant que le niveau de cette redevance reste proportionnel et ne rende donc pas excessivement difficile voire impossible l'exercice par l'État fédéral de ses prérogatives. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle a donc estimé que le respect du principe de proportionnalité ne nécessitait pas une coopération d'office.

Dans le second cas, la Cour se pencha sur la compétence de l'État fédéral face à celle des Régions en matière de protection de l'environnement<sup>68</sup>. Ce cas concerne l'ordonnance bruxelloise du 1<sup>er</sup> mars 2007 relative à la protection de l'environnement contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les radiations non ionisantes<sup>69</sup> (telles que celles émises par les antennes GSM ou certains réseaux WIFI). La Cour estima que l'ordonnance n'empiète pas sur la compé-

---

dans la mesure où elle met face à face Communautés et État fédéral, respectivement compétents en matière de communications électroniques (B.6 et 10). Par contre, la Cour a estimé dans un arrêt ultérieur (C. const., 22 novembre 2006, n° 172/2006) que le respect du principe de proportionnalité n'exige pas nécessairement une coopération entre, d'une part, le législateur fédéral, compétent pour les communications électroniques et, à ce titre, pour les droits de passage et, d'autre part, le législateur régional, gestionnaire de la voirie publique. Dans ce cas, les deux compétences restent matériellement distinguables vu qu'elles portent sur des objets de réglementation différents (voy. ci-dessous).

<sup>66</sup> C. const., 8 novembre 2006, B.9.1.

<sup>67</sup> Concernant cet arrêt et pour une comparaison avec l'approche de la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 132/2004, voy. la note publiée sous cet arrêt par Q. COPPIETERS 't WALLANT, « Communications électroniques, droits de passage et proportionnalité : mise au point », *CDPK*, 2007/2, pp. 404-422.

<sup>68</sup> C. const., 15 janvier 2009, n° 2/2009. Cette jurisprudence récente mérite certainement de plus amples développements, qui dépassent cependant le cadre du présent éditorial.

<sup>69</sup> *M.B.*, 14 mars 2007.

tence fédérale en matière de télécommunications<sup>70</sup> et, même si elle constate « que les mesures contenues dans l'ordonnance [peuvent] avoir une incidence indirecte sur la compétence fédérale en matière de télécommunications », elle n'impose cependant pas une coopération aux deux niveaux de pouvoir impliqués.

Pourquoi la Cour n'impose-t-elle pas une coopération dans ces deux derniers cas, alors qu'elle le faisait dans ses arrêts antérieurs ? Dans le cas tranché par l'arrêt n° 172/2006, les deux compétences distinctes mais interférentes (télécommunications et voirie publique) s'exerçaient sur deux objets de réglementation différents : d'une part la mise en place d'un réseau de communications régi par le niveau fédéral et, d'autre part, l'utilisation concrète du domaine public, notamment pour la mise en place d'un réseau<sup>71</sup> et ce contrairement aux arrêts antérieurs qui visaient justement un objet identique : les réseaux et services de communications électroniques « communs ». Or, face à un objet de réglementation identique, des dispositions contradictoires sont inévitables.

Néanmoins, l'hypothèse de l'arrêt n° 2/2009 nous semble quand même fort comparable à celle de l'inextricable imbrication des compétences induite par la convergence constatée par l'arrêt n° 132/2004. L'objet de la réglementation pourrait en effet être considéré comme « identique » dans ce cas également, à savoir les ondes émises qui créent une immission dans le milieu ambiant.

Quoi qu'il en soit, comme nous l'avons vu au point 4.1, même si la compétence pour la radiodiffusion d'une part et celle pour les autres communications électroniques d'autre part constituent deux compétences différentes, le niveau d'imbrication et d'interférence<sup>72</sup> existant entre radiodiffusion et autres communications électroniques est, de manière générale, d'une intensité bien supérieure aux relations qui peuvent exister respectivement entre une de ces deux compétences et un autre chef de compétence, comme la gestion de la voirie ou la protection de l'environnement. Ce qui pourrait justifier un régime différent de celui que la Cour a appliqué dans son arrêt n° 132/2004. En effet, la radiodiffusion et les autres communications électroniques sont en quelque sorte les « deux faces d'une même médaille » qui se définissent l'une par rapport à l'autre et on constate que la convergence technologique des secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information a dans les faits rendu obsolète la répartition actuelle des compétences en matière de communications électroniques et la spécialisation juridique encore appliquée actuellement.

Notons dans ce contexte que, si nous privilégions une coopération obligatoire entre État fédéral et Communautés, compétents dans le domaine (des aspects techniques) des communications électroniques, une approche plus prudente se justifie quand d'autres compétences sont en jeu, étant donné l'extrême multitude de cas où, dans notre système constitutionnel, des compétences se touchent, se recourent ou sont imbriquées. Imposer dans tous ces cas une coopération non prévue par la L.S.R.I. pourrait remettre en cause les principes mêmes de la répartition des compétences dans le fédéralisme belge.

<sup>70</sup> Ce qui peut paraître moins évident à la lecture des dispositions de l'ordonnance.

<sup>71</sup> Q. COPPIETERS 't WALLANT, *op. cit.*, pp. 421-422.

<sup>72</sup> C. const., 22 novembre 2006, n° 172/2006, B.8.

## 5. MISE EN ŒUVRE DE L'ACCORD DE COOPÉRATION

La coopération imposée par la Cour constitutionnelle a finalement pris la forme d'un accord de coopération conclu entre pouvoirs communautaires et fédéral le 17 novembre 2006<sup>73</sup> et entré en vigueur en septembre 2007 après assentiment des différentes assemblées législatives concernées. Cet accord règle non seulement la coopération entre législateurs mais également, suivant un mécanisme fort complexe, entre autorités de régulation en charge de la radiodiffusion d'une part (C.S.A., V.R.M., Medienrat et I.B.P.T.<sup>74</sup>) et des autres formes de télécommunications d'autre part (I.B.P.T.). Ces autorités réglementaires coopéreront par conséquent au sein de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (C.R.C.), nouvellement créée.

Les premiers projets de cet accord datant de mars 2005, son adoption a donc pris du temps, ce qui a eu pour fâcheuse conséquence de retarder l'adoption par les autorités de régulation de mesures importantes pour ce secteur, telle que la décision de l'I.B.P.T. relative aux marchés de la fourniture en gros d'accès à large bande<sup>75</sup>, qui s'est faite fort attendre à l'heure où beaucoup pointent du doigt les problèmes de développement de ces marchés dans notre pays<sup>76</sup>.

Cet instrument, dont nous assistons aujourd'hui aux premières mises en œuvre, représente une avancée indéniable, qui doit permettre l'adoption, en temps, des mesures législatives et de régulation qui s'imposent. Il faut toutefois regretter que l'adoption du règlement d'ordre intérieur de la C.R.C., organe important dans le cadre de processus de coopération prévu dans cet accord et qui conditionne la pleine mise en œuvre de ce dernier, reste en suspens.

Le bon fonctionnement de la coopération prévue par cet accord suppose également la levée de certaines incertitudes relatives au champ de l'obligation de coopération. Sans entrer dans les détails (voy. ci-dessus point 4), notons en effet que si la coopération s'impose aux yeux de la Cour constitutionnelle lors de l'adoption de toute règle relative aux infrastructures et services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et aux (autres) télécommunications et que le champ d'application de cet accord lui-même porte, de manière large et sans distinction, sur la réglementation et la régulation de l'ensemble des réseaux de communications électroniques, la cour d'appel de Bruxelles, juridiction de recours à l'encontre des décisions de l'I.B.P.T., semble quant à elle adopter une approche plus restrictive, limitant l'exigence de coopération aux cas où un risque de décisions contradictoires ou encore une incidence sur l'offre de services de radiodiffusion sont *in concreto* vérifiés, dans le cas d'une décision particulière du régulateur<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> 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 en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision (annexée à la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II)), *M.B.*, 28 décembre 2006, 3<sup>e</sup> éd.

<sup>74</sup> Ce dernier est en effet compétent en matière de transmission de signaux de radiodiffusion en Région bilingue de Bruxelles-Capitale.

<sup>75</sup> Décisions du Conseil de l'I.B.P.T. du 10 janvier 2008 relative aux marchés 11 et 12, [www.I.B.P.T.be](http://www.I.B.P.T.be).

<sup>76</sup> Voy. Commission Staff Working Document, SEC(2008) 356, volume I, cité *supra*, p. 78, qui montre que la Belgique commence à accuser un retard de développement par rapport à la moyenne européenne (voy. aussi ci-dessus, point 1).

<sup>77</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> juin 2007 (*Belgacom c. I.B.P.T.*), R.G. n° 2006/AR/2154 ainsi que Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 12 novembre 2008 (*Belgacom c. I.B.P.T.*), R.G. n° 2006/AR/2484, disponibles via [www.I.B.P.T.be](http://www.I.B.P.T.be). La première décision fait l'objet d'un

Enfin, on ne peut s'empêcher d'émettre certaines réserves quant à l'indépendance du Comité Interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision (C.I.T.R.T.), organe composé selon l'accord de coopération de ministres désignés par les Communautés et l'État fédéral qui peut se substituer d'office à la C.R.C., à la lumière de la réglementation européenne applicable aux autorités réglementaires en matière de communications électroniques<sup>78</sup>.

## 6. RÉFORME INSTITUTIONNELLE ?

Une autre réponse possible suggérée par la Cour constitutionnelle à l'inextricable imbrication des compétences communautaire et fédérale en matière de communications électroniques est celle d'une réforme institutionnelle, adoptée par le législateur spécial<sup>79</sup>. Celle-ci pourrait, selon la Cour, consister en la simple consécration légale de l'obligation de coopération instaurée par cette dernière<sup>80</sup>, soit encore en une révision de la répartition des compétences elles-mêmes.

Cette deuxième voie, qui touche donc à une délicate question de transferts de compétences, pourrait se concrétiser de diverses manières, chacune présentant ses avantages mais aussi ses inconvénients. Nous aborderons ici brièvement quelques-unes de ces pistes, avec pour postulat le maintien de notre schéma institutionnel à trois composantes (État fédéral, Communautés et Régions), dans lequel les Communautés restent compétentes pour les aspects relatifs aux contenus de la radiodiffusion, pour leur importance culturelle.

On peut tout d'abord penser à une régionalisation des compétences en matière de télécommunications (autres que la radiodiffusion), en tant que levier de la politique économique et industrielle<sup>81</sup>. Cette solution ne peut en soi guère simplifier les choses puisqu'elle imposera une coopération entre Communautés (compétentes pour les aspects techniques et de contenu de la radiodiffusion) et Régions cette fois. On peut en outre douter qu'une fragmentation territoriale des compétences soit réellement la bienvenue (voy. *infra* concernant la communautarisation, par analogie).

Un autre type de transferts de compétences pourrait consister en une concentration des compétences en matière de radiodiffusion et d'autres formes de communications électroniques à un niveau de pouvoir, réduisant, voire encore éliminant dès lors toute imbrication de compétences et, partant, la nécessité de coopération lors de la réglementation des réseaux et services de

---

pourvoi en cassation. Précisons que les recours portaient dans ces deux affaires sur des décisions du régulateur adoptées antérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord de coopération.

<sup>78</sup> Voy. article 3, alinéa 2, de la directive « cadre », qui impose cette indépendance et précise que les États membres qui, comme la Belgique, conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui fournissent des réseaux et/ou services de communications électroniques doivent « veill[e]r à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part ».

<sup>79</sup> C. const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.7.2.

<sup>80</sup> Par une modification de l'article 92bis de la L.S.R.I., qui prévoit les cas de coopération obligatoire entre niveaux de pouvoir et auquel renvoie l'article 55bis de la L.C.G.

<sup>81</sup> Cette voie était suggérée par l'ancien premier ministre M. Verhofstadt dans son rapport au roi Albert II sur la réforme des institutions dans le cadre de la mission d'information et de formation, 7 janvier 2008, [www.acodev.be/IMG/pdf/NoteVerhofstadt0108-2.pdf](http://www.acodev.be/IMG/pdf/NoteVerhofstadt0108-2.pdf), qui indiquait : « le transfert de la réglementation en matière de télécommunication doit également être envisagé, étant donné qu'il s'agit d'un levier essentiel de la politique économique et industrielle » (p. 4).

communications électroniques. Mais à quel niveau de pouvoir conviendrait-il de regrouper ces compétences? La question reste bien entendu très délicate.

On peut tout d'abord penser à communautariser entièrement la réglementation et la régulation de l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques<sup>82</sup>. Une telle approche radicalement verticale des compétences aurait l'avantage que dorénavant plus qu'un seul niveau de pouvoir, celui des Communautés, serait compétent. Elle ne semble toutefois pas envisageable au vu de la rédaction et de l'esprit de notre Constitution. On voit en effet mal comment cette compétence large pourrait s'inscrire exclusivement dans le champ des prérogatives communautaires pour les matières culturelles (article 127, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la Constitution). En outre, cette solution ne règle pas en soi la question de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale. Enfin, même si chaque Communauté (voire Région) disposait d'une « plénitude de compétences » en la matière, au niveau d'un territoire si étroit que celui de la Belgique, on serait en présence d'une pluralité d'autorités coexistantes qui devraient coopérer en matière de gestion de fréquences par exemple ou encore de manière plus générale lors de la régulation des marchés relatifs aux communications électroniques ne se limitant pas toujours aux territoires linguistiques.

L'efficacité d'une telle fragmentation de la réglementation et de la régulation des réseaux et services de communications électroniques, dont les coûts seraient certainement importants, peut en outre être considérée comme douteuse<sup>83</sup>. Et si nous adoptons le point de vue des opérateurs concernés, ce morcellement n'est bien sûr pas de nature à leur simplifier la vie dans la mesure où ils seront soumis à plusieurs réglementations (et régulateurs) différentes s'ils veulent continuer à couvrir (une large part de) la Belgique. On peut donc douter qu'une telle communautarisation (voire régionalisation) favorise le développement et la croissance de marchés dans notre pays (voy. *supra*).

Une réforme visant à regrouper l'ensemble des compétences relatives aux aspects techniques de transmission des communications par voie électronique dans les mains du pouvoir fédéral (dont la compétence est plus économique), pourrait par contre s'avérer plus indiquée que l'approche verticale décrite ci-dessus. Une telle approche horizontale, qui trouve aussi l'appui du Conseil d'État<sup>84</sup>, serait en effet plus respectueuse des réalités économiques et techniques et plus en ligne avec le modèle européen qui prône une telle approche horizontale soumettant au même cadre réglementaire, tous les réseaux et services de transmission de signaux par voie électro-

<sup>82</sup> C'est cette voie que propose d'emprunter un des amendements déposés au « premier paquet » de mesures d'une nouvelle réforme institutionnelle (voy. ci-dessus, point 2.2.) par deux sénateurs du Vlaams Belang, qui vise à remplacer le texte de l'article 4, 6<sup>o</sup>, de la L.S.R.I. par « tous les médias, les télécommunications et les communications électroniques » (voy. proposition de loi spéciale, cité *supra*, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 4-602/3, amendement n° 2).

<sup>83</sup> À cet égard, voy. par analogie, I.B.P.T., Avis relatif à la régionalisation des télécommunications, 17 janvier 2008, 9 p.

<sup>84</sup> Il préconise en effet « une répartition des compétences qui, à l'instar de la réglementation européenne, distinguerait la transmission des communications électroniques du contenu de celles-ci » (projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 2001-2002, n° 1937/1, p. 57 ; projet de décret sur la radiodiffusion, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Cons. Com. fr., sess. ord., 2002-2003, n° 357/1, p. 141 ; projet de loi relatif aux communications électroniques, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2001-2002, n° 1425/1 et 1426/1, p. 214).

magnétique<sup>85</sup>. Elle généraliserait en quelque sorte le régime déjà applicable en Région bilingue de Bruxelles-Capitale.

Dans cette hypothèse d'une approche horizontale, l'influence que la réglementation de la transmission et des aspects techniques peut exercer sur la réglementation des contenus<sup>86</sup> rendra cependant nécessaire certaines mesures de sauvegarde en faveur des Communautés qui leur assureraient par exemple une possibilité de coopération et un « droit de regard », en particulier en matière de gestion des fréquences<sup>87</sup> afin de leur garantir la possibilité de mener une politique de radiodiffusion autonome (par exemple en matière de défense du pluralisme).

Notons en outre que, même si l'approche horizontale simplifierait la vie des opérateurs qui ne devront plus s'adresser qu'à une seule instance en ce qui concerne les réseaux et services de transmission électronique, ils devront malgré tout continuer à s'adresser à l'autorité (communautaire) compétente pour ce qui est des contenus radiodiffusés.

## 7. GESTION DU SPECTRE ET DIVIDENDE NUMÉRIQUE

La numérisation de la diffusion hertzienne terrestre de la télévision constitue sans conteste un progrès technologique considérable. Elle permet en effet non seulement de bénéficier d'images et de sons d'une qualité supérieure à celle permise par la diffusion analogique, mais présente en outre comme avantage de permettre une utilisation plus efficace du spectre des radiofréquences, la diffusion d'une chaîne de télévision en mode numérique s'avérant considérablement plus « économe » en ressources hertziennes que le mode analogique<sup>88</sup>.

Cette évolution est à l'origine de ce qu'on nous avons coutume d'appeler le « dividende numérique ». L'efficacité accrue de la diffusion numérique a en effet pour conséquence de démultiplier la capacité de transmission des fréquences dites UHF (470-862 MHz), habituellement consacrées à la télévision terrestre et, partant, de libérer des fréquences, très précieuses au regard de leur potentiel technologique<sup>89</sup> et économique, pour de nouveaux services multimédias (fixes ou

<sup>85</sup> Directive « cadre », article 1<sup>er</sup> et considérant 5.

<sup>86</sup> Le considérant 5 de la directive « cadre » parle à cet égard de liens qui existent entre la réglementation de la transmission et la réglementation des contenus. On rappelle par exemple que l'assignation (ou non) d'une fréquence ou l'imposition (ou non) d'une obligation de diffuser (*must carry*) sont des mesures prises au niveau de la transmission qui ont un effet direct au niveau des contenus.

<sup>87</sup> Voy. l'accord de coopération prévu par l'article 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, 2<sup>e</sup> éd. Voy. à cet égard par exemple également le système allemand qui prévoit un système de coordination spécifique entre l'État fédéral, le *Bund* (compétent pour l'ensemble des aspects techniques, qu'ils soient relatifs à la radiodiffusion ou aux autres communications électroniques) et les *Länder* (compétents uniquement pour les aspects de contenu de la radiodiffusion), quand la radiodiffusion est concernée. Ainsi, pour l'assignation des fréquences en matière de radiodiffusion, qui relève du *Bund*, l'autorité compétente du *Land* doit donner son avis. Les *Länder* font également part au *Bund* de leurs besoins en matière de fréquences pour la radiodiffusion. En plus, des fréquences initialement prévues pour la radiodiffusion peuvent seulement être utilisées à une autre fin, si des capacités suffisantes sont mises à la disposition de la radiodiffusion (art. 70 et 73.7 de la loi fondamentale allemande; art. 57 du *Telekommunikationsgesetz* (TKG) vom 22 Juni 2004, *BGBI.* I S. 1190).

<sup>88</sup> On estime ainsi généralement qu'elle nécessite jusqu'à six fois moins de ressources en fréquences (à qualité et définition équivalentes), avec la norme de compression MPEG-2.

<sup>89</sup> Les fréquences UHF sont en effet considérées comme particulièrement efficaces en termes de couverture et de pénétration dans les bâtiments.

mobiles), mais éventuellement aussi pour d'autres types de services tels que l'accès à l'Internet à large bande sans fil.

Le passage complet à la diffusion numérique de la télévision terrestre (*digital switch off*), que la Commission européenne souhaite voir réalisé dans l'ensemble des États membres pour 2012<sup>90</sup>, a d'ores et déjà été pleinement opéré au niveau de la Communauté flamande. Le même résultat devrait être atteint dans le reste du pays pour fin 2011<sup>91</sup>.

En cette période de transition numérique, la question de l'utilisation de ce dividende numérique fait débat au sein de la Communauté européenne<sup>92</sup> et de ses États membres<sup>93</sup>, se résumant d'ailleurs trop souvent à une opposition entre l'approche « culturelle » du monde des médias, soucieuse de tirer profit du dividende pour préserver et renforcer le pluralisme et la diversité culturelle, et une approche plus « économique », centrée davantage sur l'intérêt de cette ressource pour notre économie et pour le développement de la société de l'information.

Dans notre pays, ce débat pourrait en outre, à son tour, être à l'origine d'un nouveau nœud institutionnel entre État fédéral et Communautés<sup>94</sup>. Rappelons que ces dernières sont compétentes pour les aspects techniques de la radiodiffusion (qui comprend la télévision), en ce compris la gestion des fréquences (à l'exception de la police générale des ondes – voy. point 8 ci-dessous) parmi lesquelles bien entendu la bande UHF en voie de numérisation. Ces fréquences sont en effet essentiellement réservées à la diffusion terrestre de la télévision, dans le cadre de décisions internationales et d'une planification historique. Or, la Conférence Régionale des Radiocommunications de Genève de 2006 (CRC-06) ainsi que la Conférence Mondiale des Radiocommunications de novembre 2007 (CMR-07)<sup>95</sup> ont marqué une évolution importante à cet égard en permettant d'allouer une partie de la bande UHF numérisée (en particulier la sous-bande 790-862 MHz) à des utilisations autres que la télévision telles que les services de communication mobile (pour des réseaux UMTS par exemple), notamment en Europe.

Dans ce contexte, il importe de se demander quel niveau de pouvoir est compétent dans notre système institutionnel pour modifier le cas échéant l'actuel plan d'allocation des fréquences, dans le cadre des plans internationaux, et permettre l'utilisation de certaines fréquences libérées grâce

<sup>90</sup> Communication de la Commission du 24 mai 2005 concernant l'accélération de la transition de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique, COM(2005) 204 final, <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>91</sup> Voy. Communications Committee working document, « Information from Member States on switchover to digital TV », COCOM09-01, 14 janvier 2009, [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecom](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom).

<sup>92</sup> Voy. communication de la Commission, « Tirer pleinement parti du dividende numérique en Europe : pour une démarche commune d'utilisation du spectre libéré par le passage au numérique », COM(2007) 700, 13 novembre 2007.

<sup>93</sup> Concernant les travaux menés en particulier en France, voy. [www.dividendenumerique.fr](http://www.dividendenumerique.fr).

<sup>94</sup> Le débat relatif à l'ouverture de ces bandes à d'autres services que de radiodiffusion en Belgique a récemment été ouvert par l'I.B.P.T. dans sa consultation relative à la gestion du spectre stratégique concernant les systèmes d'accès radioélectrique dans les bandes 790 – 3.400 MHz du 28 janvier 2009, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be), dans laquelle le régulateur se dit « préoccupé par les conséquences économiques négatives et le retard concurrentiel que les entreprises de télécommunications pourraient connaître, si cette bande est gelée pour plus longtemps », mais « reconnaît que les Communautés doivent pouvoir disposer de suffisamment de fréquences afin de réaliser leurs propres domaines politiques liés à la culture », tout en observant que « d'autre part, il ne peut pas être nié que la CRC-06 a donné des droits spécifiques au niveau de la coordination des fréquences avec les pays voisins » (p. 9).

<sup>95</sup> Voy. le site de l'UIT-R : [www.itu.int/ITU-R](http://www.itu.int/ITU-R).

au dividende numérique à d'autres fins que la radiodiffusion et, en outre, si une telle décision ne doit pas faire l'objet d'une coopération entre État fédéral et Communautés.

Ces questions nous inspirent quelques premières réflexions. À supposer que l'allocation des fréquences à des utilisations particulières relève de la seule police générale des ondes, pour laquelle l'État fédéral reste compétent (voy. point 8 ci-après), remarquons que le législateur fédéral soumet l'adoption des prescriptions techniques relatives à l'utilisation de radiofréquences non exclusivement destinées à la radiodiffusion à une concertation avec les Communautés (article 14 L.C.E.) et que l'adoption d'ordonnances de police générale des ondes doit être préalablement soumise aux Communautés pour avis (article 16 L.C.E.). Une coopération entre niveaux de pouvoir fédéral et communautaire nous semble en effet s'imposer en cas de réallocation de fréquences classiquement attribuées à la radiodiffusion à d'autres fins. Toute initiative unilatérale de l'État fédéral en la matière pourrait en effet être considérée comme une atteinte disproportionnée aux compétences de l'autre niveau de pouvoir<sup>96</sup>.

Abstraction faite de cette compétence fédérale de police, on pourrait également soutenir, au vu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui a tiré les conséquences du phénomène de convergence pour la réglementation des réseaux et services de communications électroniques (voy. point 4 ci-dessus), que ces bandes de fréquences, ouvertes à la radiodiffusion mais également utilisables pour d'autres formes de radiocommunications, connaissent également une certaine convergence et constitueraient de ce fait des réseaux de télécommunications dits communs (car « déspecialisés »), relevant tant de la compétence de l'État fédéral que des Communautés. Dans ce cas, la gestion de ces fréquences requerrait également une coopération, à tout le moins au stade de leur allocation à des utilisations ou services particuliers. À suivre...

## 8. POLICE GÉNÉRALE DES ONDES ET COORDINATION DES FRÉQUENCES

Parce que les ondes hertziennes ne connaissent naturellement pas les frontières linguistiques, la gestion des fréquences pose d'autres questions du point de vue de la répartition, géographique cette fois, des compétences. À cet égard, rappelons que si les Communautés sont, depuis 1990-91, compétentes pour les aspects techniques de la radiodiffusion comprenant la gestion du spectre des fréquences réservé à cette utilisation, l'autorité fédérale reste néanmoins compétente en matière de *police générale des ondes*.

Cette compétence fédérale, justifiée par la nécessité de « permettre l'intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national [et] d'éviter les perturbations mutuelles »<sup>97</sup>, vise l'élaboration des normes techniques relatives à l'attribution des fréquences et à la puissance des émetteurs, ainsi que le contrôle de leur respect.

<sup>96</sup> Ainsi, une telle réallocation unilatérale par le pouvoir fédéral pourrait porter atteinte à l'autonomie des Communautés dans la matière (culturelle) de la radiodiffusion. Comme le souligne en effet la Cour constitutionnelle, « l'exercice de cette compétence [de police générale des ondes] doit être réglé de façon telle qu'il ne porte pas atteinte à la compétence des Communautés auxquelles est en principe confiée [...] la matière de la radiodiffusion » (arrêt du 7 février 1991, n° 1/91, B.5).

<sup>97</sup> Voy. C. const., 25 janvier 1990, n° 7/90, 2.B.3.; C. const., 7 février 1991, n° 1/91, B.5; C. const., 24 juin 2003, n° 92/2003, B.7.2.

Un arrêté royal était adopté dès 1992 concernant l'exercice de ce pouvoir de police par l'autorité fédérale dans la bande FM<sup>98</sup>, qui portait notamment sur la coordination et le respect de normes techniques applicables aux stations de radiodiffusion privées. Sa validité a toutefois été sérieusement remise en cause<sup>99</sup>.

Les pouvoirs de l'I.B.P.T. en matière de gestion du spectre et en particulier de police générale des ondes ou encore de contrôle de l'utilisation des équipements hertziens ont ensuite été redéfinis et renforcés lors de l'adoption de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques<sup>100</sup> (ci-après L.C.E.), qui consacre la compétence du régulateur pour examiner des brouillages préjudiciables de sa propre initiative ou suite à une plainte et pour prendre toutes les mesures appropriées pour faire cesser ces derniers (voy. articles 15 et 33 de la L.C.E.). Ces deux dernières dispositions ont servi de bases juridiques autonomes à l'adoption par l'I.B.P.T. de deux décisions imposant une amende administrative à des radiodiffuseurs en raison des brouillages provoqués au préjudice de radiodiffuseurs situés dans une autre région linguistique et relevant donc d'une autre Communauté<sup>101</sup>.

L'article 16 de la L.C.E., visant expressément la police générale des ondes, a quant à lui servi de base juridique à l'adoption d'un nouvel arrêté en la matière<sup>102</sup>, remplaçant en partie celui de 1992, avec pour ambition de rendre effectif le contrôle technique des stations de radiodiffusion sonore par l'I.B.P.T., afin notamment de remédier aux interférences entre émissions aux abords des frontières linguistiques.

Toutefois la résolution de ce sensible problème d'interférences entre émissions relevant de Communautés différentes passe avant tout par une coopération entre ces dernières et l'État fédéral *en amont*, lors de l'établissement de leurs plans de fréquences respectifs, comme cela est d'ailleurs le cas au niveau de la coordination internationale des plans de fréquences. Or c'est l'incertitude qui règne à cet égard. En effet, nous avons vu que l'arrêté royal de 1992 susmentionné, organisant une certaine coopération en la matière<sup>103</sup>, ne semble plus être d'application, alors que

<sup>98</sup> Arrêté royal du 10 janvier 1992 réglementant la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87,5 MHz-108 MHz, *M.B.*, 20 mars 1992, pp. 5902 et s.

<sup>99</sup> Voy. Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 11 avril 2000, de même que Gand (3<sup>e</sup> ch.), 2 juin 1999, *A&M*, 2000, liv. 4, pp. 455 et s., note C. UYTENDAELE, refusant tous deux de faire application de l'arrêté car les Communautés n'avaient pas suffisamment été associées à l'adoption de cet arrêté, ainsi que les arrêts du Conseil d'État n° 130.472 et 130.473 du 20 avril 2004 ([www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be)) qui ordonnent la réouverture des débats aux fins de faire examiner la légalité dudit arrêté. Voy. toutefois notamment l'arrêt C.E. n° 154.635 du 7 février 2006 qui fait application de cet arrêté (dont la légalité n'était dans ce cas pas mise en cause) pour suspendre un arrêté d'assignation de fréquences du Gouvernement flamand.

<sup>100</sup> Voy. en particulier les articles 13 à 17, de même que 33 de cette loi.

<sup>101</sup> Décision du Conseil de l'I.B.P.T. du 24 avril 2007 concernant l'imposition d'une amende administrative au radiodiffuseur BFM PLUS s.a. et décision du Conseil de l'I.B.P.T. du 30 janvier 2008 concernant l'imposition d'une amende administrative au radiodiffuseur Contact Plus a.s.b.l., [www.I.B.P.T.be](http://www.I.B.P.T.be). Ces deux décisions, ayant valeur de test en la matière, sont toutes deux entreprises devant la cour d'appel de Bruxelles (avec pour n° R.G. respectifs 2007/AR/1753-1761 et 2008/AR/2476, [www.I.B.P.T.be](http://www.I.B.P.T.be)).

<sup>102</sup> Arrêté royal du 26 janvier 2007 relatif à la police des ondes en modulation de fréquence dans la bande 87,5 Mhz-108 Mhz, *M.B.*, 16 février 2007, pp. 7672 et s.

<sup>103</sup> D'après cet arrêté, une Communauté qui se propose d'élaborer un plan de fréquences ou d'y apporter une modification doit introduire une demande de coordination (à l'I.B.P.T.), visant notamment les autres Communautés. Ce mécanisme s'est en réalité révélé très peu efficace. Comme le fit remarquer en son temps la Cour constitutionnelle, l'exigence de « demande de coordination » prévue par cet arrêté ne peut être considérée comme une règle répartitrice de compétences (voy. arrêt C. const. n° 92/2003 du 24 juin 2003, B.3.4.) et ne s'impose donc pas à ce titre aux Commu-

l'accord de coopération concernant la coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion<sup>104</sup>, dont l'adoption est prévue par l'article 17 de la L.C.E., n'a jusqu'à présent pas été conclu. L'interprétation ainsi que la compatibilité de cette dernière disposition avec les règles de répartition des compétences devraient d'ailleurs incessamment être réglées par la Cour constitutionnelle<sup>105</sup>.

## 9. COMPÉTENCES, COMPOSITION ET RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DE L'I.B.P.T.

Même si cela dépasse à proprement parler les questions de répartition des compétences plus spécifiquement abordées dans le cadre de cette contribution, nous mentionnerons tout de même quelques évolutions importantes attendues prochainement concernant en particulier l'I.B.P.T., le régulateur fédéral.

Quant à la composition de cette autorité, nous noterons tout d'abord que de nouveaux mandats de président et de membres du Conseil de l'I.B.P.T., l'organe de décision de cette instance, doivent prochainement être attribués pour une période de 6 ans<sup>106</sup>. La sélection sera réalisée par un jury indépendant composé notamment d'experts étrangers.

Parallèlement, un projet de loi récemment soumis au Parlement<sup>107</sup> prévoit de renforcer les possibilités d'action de l'I.B.P.T., en proie à certaines critiques<sup>108</sup>, en lui permettant notamment à l'avenir d'imposer plus rapidement des amendes, dont les plafonds seraient également revus à la hausse. Ce projet vise également à renforcer la sécurité juridique en ce qui concerne les recours contre les décisions de l'I.B.P.T., en permettant notamment à ce dernier, sous certaines conditions, de prendre des décisions avec effet rétroactif lorsqu'une de ses décisions a été annulée par une autorité juridictionnelle. Enfin, un second projet de loi sur la table du Parlement<sup>109</sup> vise quant à lui à aplanir certaines incertitudes juridiques entourant la procédure de recours devant la cour d'appel

nautés. Le gouvernement de la Communauté française, lors de la préparation de son récent plan de fréquences FM, a pour sa part jugé utile de soumettre ce dernier à l'I.B.P.T. pour coordination, même si l'arrêté en question n'est d'après lui plus d'application, « considérant [...] que le principe de coordination des radiofréquences doit être respecté » (voy. les préambules respectifs des différents arrêtés publiés au *M.B.* du 22 janvier 2008, 2<sup>e</sup> éd., pp. 2515 et s.).

<sup>104</sup> La Cour constitutionnelle envisageait expressément cette forme de coopération dans son arrêt n° 92/2003 du 24 juin 2003 (cité *supra*, point B.10) : « la nécessité de pourvoir à une coordination entre l'État fédéral et les Communautés en matière d'attribution des fréquences en cause, et ce tant au niveau national qu'au niveau international. Étant donné que ni la Constitution, ni les lois de réformes institutionnelles n'ont prévu de coopération obligatoire en cette matière, il appartient aux autorités exerçant des compétences complémentaires d'apprécier l'opportunité de faire usage de l'article 92bis de la [L.S.R.I.] ».

<sup>105</sup> Cette affaire qui concerne une question préjudicielle posée par le Conseil d'État dans le cadre de la contestation d'un plan de fréquences, porte le numéro de rôle 4445. Il s'agit dans ce cas pour la Cour de décider si cette disposition d'une loi fédérale (simple) peut imposer aux Communautés un accord de coopération.

<sup>106</sup> L'appel à candidatures a récemment été publié (*M.B.*, 27 janvier 2009, p. 5386).

<sup>107</sup> Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 1813/1.

<sup>108</sup> Dans ce contexte, voy. également les rapports suivants : Comité consultatif pour les télécommunications, recommandations citées *supra* et JONES DAY, SPC Network, ECTA Regulatory Scorecard 2008, cité *supra*.

<sup>109</sup> Projet de loi portant modification de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 1814/1.

de Bruxelles contre les décisions du régulateur des secteurs postaux et des télécommunications et contre les décisions du Conseil de la concurrence rendues dans les litiges entre opérateurs de communications électroniques.

Julien JOST<sup>110</sup> et Robert QUECK<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Chercheur au Centre de recherches informatique et droit (C.R.I.D.) et avocat au barreau de Liège (V.V. Dehin & associés).

<sup>111</sup> Directeur adjoint du Centre de recherches informatique et droit (C.R.I.D.) et maître de conférences à la Faculté de droit des F.U.N.D.P. (Namur).