

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Communications électroniques

Queck, Robert; Hocepiéd, Christian

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

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Queck, R & Hocepiéd, C 2017, 'Communications électroniques', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 68-69, pp. 219-252.

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.

VI. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Christian HOCEPIED et Robert QUEECK¹⁴¹¹

A. Champ de la chronique¹⁴¹²

309. L'objet de ce chapitre. La directive «cadre» définit «service de communications électroniques» comme «le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques (systèmes de transmission [...] qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques... – nous ajoutons), [...], mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus [...] ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information [...] qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux [...]»¹⁴¹³. Comme la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange le résume dans son arrêt du 22 décembre 2016¹⁴¹⁴, les services de télécommunication doivent donc répondre à trois caractéristiques¹⁴¹⁵ principales :

- i. le service doit être fourni normalement contre rémunération. La Cour rappelle que «rémunération» signifie «contrepartie», au sens large (p. ex. publicité) et non pas nécessairement un

¹⁴¹¹ Respectivement chercheur senior au et responsable de l'unité «communications électroniques» du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS-NADI) de l'Université de Namur. Robert Queeck est également membre de la Chambre décisionnelle et du bureau du Medienrat de la Communauté germanophone. La participation de ce dernier a en partie été rendue possible par une bourse ASEM-DUO de l'Académie de Recherche d'Enseignement Supérieur (ARES). Les auteurs s'expriment à titre personnel et n'engagent pas les institutions auxquelles ils appartiennent.

¹⁴¹² Pour les versions précédentes de cette chronique, voy. *R.D.T.I.*, 2009, n° 35 (années 2002-2008), pp. 141-161 ; *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49 (années 2009-2011), pp. 146-185 ; *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60 (années 2012-2014), pp. 126-154. Pour la jurisprudence de la C.J.U.E. en matière de communications électroniques pendant les années commentées, voy. aussi S. DEPRÉ, E. DE LOPHEM, D. SCHRIJVERS, M. LAMBERT DE ROUVOIT, Ph. VERNET et C. PIETQUIN, «Chroniques – Marchés libéralisés – Année 2015», *J.D.E.*, 2016, pp. 114-118 et 120 ; S. DEPRÉ, E. DE LOPHEM, Ph. VERNET, T. WOUTERS, M. LAMBERT DE ROUVOIT et C. PIETQUIN, «Chroniques – Marchés libéralisés – Année 2016», *J.D.E.*, 2017, pp. 120-125 et 127 ; S. DEPRÉ, E. DE LOPHEM, G. RYELANDT, Ph. VERNET, M. LAMBERT DE ROUVOIT et C. PIETQUIN, «Chroniques – Marchés libéralisés – Année 2017», *J.D.E.*, 2018, pp. 152-155 et 158. Les sites web mentionnés dans ce chapitre ont été consultés dernièrement le 1^{er} août 2018.

¹⁴¹³ Art. 2, c) et a), de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), *J.O.C.E.* L 108/33 du 24 avril 2002, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/21/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/21/2009-12-19>, modifié par le règlement (CE) n° 544/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* L 167/12 du 29 juin 2009, ELI : <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/544/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/544/2012-07-01> et par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* L 337/37 du 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.* L 241/8 du 10 septembre 2013, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/2009-12-19> (directive « mieux légiférer »).

¹⁴¹⁴ Cour de l'AELE, 22 décembre 2016, *Fjarskipti hf. c. Póst-og fjarskiptastofnun*, E-06/16, [2016] EFTA Ct. Rep. 1084, disponible sous <http://www.eftacourt.int/cases/>.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, points 43-51. Pour une interprétation de ces critères par la Commission européenne et l'Autorité de surveillance de l'AELE, voy. *ibid.*, points 38-41.



- paiement direct par l'utilisateur du service. Dans le cas concerné, le service en question était offert aux seuls abonnés d'un site web, qui payaient une redevance mensuelle;
- ii. le service doit consister entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques. Dans le cas concerné, la principale caractéristique du service « apparaît être la transmission de signaux du terminal de l'expéditeur vers le point final du réseau du demandeur. Les autres éléments du service apparaissent comme étant accessoires et de simples compléments à l'élément essentiel (...) »¹⁴¹⁶;
 - iii. le service ne consiste pas en la fourniture de contenus, c'est-à-dire que l'opérateur du service concerné ne fournit que les moyens de transmission et n'exerce pas de responsabilité éditoriale sur le contenu des messages transmis.

310. Législation couverte. Les règles applicables spécifiquement aux fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques se situent à cheval sur le droit administratif (par exemple régime d'autorisation notamment en matière de spectre des radiofréquences et de droits de passage) et le droit économique (par exemple obligations imposées aux opérateurs économiques et droits accordés aux utilisateurs, dérogoires au droit commun) et ont parfois trait à des domaines abordés dans d'autres chapitres de cette chronique, comme la protection de la vie privée. En ce qui concerne le droit belge, le présent chapitre traite en particulier la jurisprudence relative aux dispositions de la loi relative aux communications électroniques (ou LCE)¹⁴¹⁷, de la loi « IBPT-statut » qui régit le statut et les activités de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications¹⁴¹⁸, l'autorité réglementaire (ARN) fédérale, ainsi que de la loi « IBPT-recours » qui organise notamment les recours contre les décisions de l'IBPT¹⁴¹⁹. La transmission de signaux de radiodiffusion sonore et télévisuelle (autrement appelés « services de médias audiovisuels et sonores ») est régie par des décrets communautaires et, en ce qui concerne la Région bilingue de Bruxelles-Capitale par une loi fédérale¹⁴²⁰. Ces textes sont appliqués soit directement, soit via la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC),

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, point 48 – nous traduisons. Pour la Commission européenne et l'Autorité de surveillance de l'AELE, il importait que le demandeur soit responsable vis-à-vis des utilisateurs finaux de la transmission des signaux et de la transmission correcte des messages sms et qu'il a donc le contrôle sur la transmission des signaux – ce qui serait le cas en l'espèce (Cour de l'AELE, E-06/16, *ibid.*, point 40). À cet égard, voy. aussi C.J.U.E., 30 avril 2014, *UPC DTH c. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökségét*, aff. C-475/12, EU:C:2014:285, point 43 et chronique *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60 (années 2012-2014), p. 143.

¹⁴¹⁷ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, ci-après « loi relative aux communications électroniques » ou LCE.

¹⁴¹⁸ Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, *err.* 4 juin 2003 (loi « IBPT-statut »).

¹⁴¹⁹ 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 des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, *err.* 4 juin 2003 (loi « IBPT-recours »). Voy. aussi: loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, *M.B.*, 11 août 2005 qui traite des recours contre les décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications et de son président ou remplaçant; loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, *err.* 20 juillet 1991 qui traite notamment les droits de passage (art. 97 à 104).

¹⁴²⁰ Voy. aussi: décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques, *M.B.*, 6 septembre 2005; décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 24 juillet 2009; décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009; loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 23 mai 2017.



qui est composée des régulateurs compétents en la matière en Belgique et qui a été créée par l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral et les Communautés organisant leur coopération en matière de régulation (et de réglementation) concernant les réseaux (et services) de communications électroniques¹⁴²¹. La mise en œuvre de cet accord a fait l'objet d'une importante jurisprudence, aussi pendant les années 2015 à 2017. Est également couverte par la chronique, la jurisprudence concernant certaines des directives européennes constituant le cadre réglementaire des communications électroniques datant de 2002 et largement amendé en 2009, à savoir les directives « cadre », « autorisation », « accès », « service universel » et « concurrence »¹⁴²². Notons finalement que depuis septembre 2016 les directives « cadre », « autorisations », « accès » et « service universel » sont soumises à refonte pour devenir un « Code des communications électroniques européen »¹⁴²³. Un accord entre les co-législateurs a été trouvé lors d'un trilogue informel du 5 juin 2018¹⁴²⁴. Les textes devraient être adoptés pour fin 2018 et le futur Code devra alors en principe être transposé en droits nationaux pour la fin 2020.

311. Questions traitées. Dans ce chapitre, une attention particulière est apportée¹⁴²⁵ à l'évolution de la jurisprudence concernant les éléments constitutifs principaux de cette réglementation

¹⁴²¹ Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, *M.B.*, 28 décembre 2006 (« accord de coopération CRC »). La CRC est composée des quatre membres du Conseil de l'IBPT, de deux membres du Vlaamse Regulator voor de Media (VRM), de deux membres du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) et d'un membre du Medienrat (art. 2, 2°, et 5, al. 1, de l'accord de coopération CRC).

¹⁴²² Respectivement : directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), *J.O.C.E.* L 108/21 du 24 avril 2002, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/20/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/20/2009-12-19>, modifiée par la directive « mieux légiférer » ; directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), *J.O.C.E.* L 108/7 du 24 avril 2002, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/19/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/19/2009-12-19>, modifiée par la directive « mieux légiférer » ; directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *J.O.C.E.* L 108/51 du 24 avril 2002, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/22/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/22/2016-04-30>, modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/136/2009-12-19> (directive « droits des citoyens ») et modifiée par le règlement « continent connecté », cité ci-dessous ; directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.* L 249/21 du 17 septembre 2002, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/77/oj> (directive « concurrence »).

¹⁴²³ Commission européenne, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen (Refonte), COM(2016) 590/2, 12 octobre 2016.

¹⁴²⁴ Voy. Commission européenne, communiqué de presse, « Marché unique numérique : les négociateurs de l'UE sont parvenus à un accord politique pour mettre à jour la réglementation de l'UE en matière de télécommunications », IP/18/4070, 6 juin 2018. Le texte de l'accord à jour au 29 juin 2018 peut être trouvé (en anglais) sous [http://www.emeeting.europarl.europa.eu/committees/agenda/201807/ITRE/ITRE\(2018\)0709_1/sitt-8324042](http://www.emeeting.europarl.europa.eu/committees/agenda/201807/ITRE/ITRE(2018)0709_1/sitt-8324042), point 12, « provisional agreement » pour la proposition de code (ci-après : « proposition de Code CEE (29 juin) »).

¹⁴²⁵ Au cours des années couvertes par la présente chronique, aucun litige concernant la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Communautés en matière de communications électroniques n'a été tranché par la Cour constitutionnelle. Cette question n'est donc pas traitée (tout au contraire de ce qui a été le cas pour les chroniques



sectorielle de la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques, à savoir (i) les garanties d'indépendance du régulateur sectoriel, (ii) les droits de recours contre les obligations imposées par le régulateur, (iii) les procédures d'assignation du spectre radioélectrique, (iv) les procédures régissant le déploiement physique de réseaux de communications électroniques y compris les redevances imposées aux opérateurs, (v) les obligations visant à assurer une concurrence effective, (vi) l'obligation de contribuer au financement du service universel, (vii) les règles spécifiques visant à protéger les utilisateurs finals, y compris de respecter le code d'éthique. À tout cela nous ajoutons (viii) des questions concernant les services couverts par la définition des services de communication électronique et de libre circulation des équipements terminaux.

B. Aspects institutionnels¹⁴²⁶

1. Indépendance et impartialité des autorités réglementaires nationales (ARN) et de leurs membres

312. Obligation d'absence de conflit d'intérêt dans le chef d'un membre d'une ARN. En vertu de l'accord de coopération CRC de 2006, la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques peut être saisie par un des régulateurs qui la composent des projets de décision en matière de réseaux (et de services) de communications électroniques émanant d'un autre régulateur membre¹⁴²⁷. En application de cet accord, c'est la CRC qui avait adopté les décisions du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle respectivement sur les territoires de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, de la région de langue française, de la région de langue néerlandaise et de la région de langue allemande¹⁴²⁸. Or, un des deux membres délégués par le régulateur média de la Communauté flamande (le VRM) dans la CRC, M^{me} VdP, travaillait au même moment également comme juriste pour deux sociétés de gestion de droits d'auteur et dans cette fonction avait entamé une procédure contre deux des câblodistributeurs visés par plusieurs de ces décisions, ce qui avait engendré dans le chef des câblodistributeurs concernés des doutes sur l'aptitude du membre de la CRC en question de fonctionner de manière impartiale. En 2014, la Cour de cassation¹⁴²⁹ avait rejeté un pourvoi contre un arrêt interlocutoire en suspension pris par la cour d'appel, qui avait conclu qu'en raison de différents facteurs concrets (p. ex. le fait que les décisions de la CRC ne diffèrent pas des projets dont

antérieures). Pour l'état de la situation, nous nous référons à R. DEBILIO, R. QUECK et D. STEVENS, « La répartition des compétences en matière de communications électroniques après la sixième réforme de l'État: *statu quo* ou départ vers de nouveaux rivages ? », *R.D.I.R.*, 2014/4, pp. 389-402.

¹⁴²⁶ Pour une analyse de la jurisprudence relative aux questions institutionnelles traitées dans la présente chronique, voy. aussi C. HOCEPIED, R. QUECK, « De la légitimité des autorités réglementaires indépendantes dans le secteur des communications électroniques », in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER et R. QUECK (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde – Liber amicorum Yves Pouillet*, Bruxelles, Larquier, 2018, pp. 223-250.

¹⁴²⁷ Art. 3 et 5 de l'accord de coopération CRC. Sur le champ exact de compétence de la CRC, voy. chronique *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60 (années 2012-2014), pp. 139-140.

¹⁴²⁸ Voy. aussi décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, non concernée par les recours en question. Ces cinq décisions sont disponibles respectivement sous https://www.bipt.be/public/files/fr/759/3541_fr_radiodiffusion_crc_fr.pdf, [http://www.csa.be /documents/categorie/45](http://www.csa.be/documents/categorie/45), https://www.vlaamseregulatormedia.be/sites/default/files/20110718_-_televisieomroepmarkt_-_non_conf_-_ondertekende_versie.pdf, <http://www.medienrat.be/de/regulierung/marktanalysen>.

¹⁴²⁹ Cass. (1^{re} ch.), 28 février 2014, R.G. n° C.13.0119.F, pp. 14-15; voy. également chronique *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60 (années 2012-2014), pp. 141-142.



elle a été saisie alors que le projet du VRM ne diffère en ses éléments principaux pas des projets adoptés par les autres régulateurs que Madame VdP n'a pas pu influencer), il n'y avait « *prima facie* pas d'indice qui puisse objectivement justifier la conviction de partialité ou créer une apparence de partialité »¹⁴³⁰. L'arrêt final¹⁴³¹ de la cour d'appel, intervenu en 2015, a notamment noté que M^{me} VdP n'était pas employée par une société présente sur le segment du marché régulé et qu'il n'y avait donc pas de « partialité objective ». La cour estimait aussi que le câblodistributeur n'avait présenté aucun fait qui aurait pu être attribué à la personne en question qui donnerait l'impression de partialité. Enfin, « dès lors que la CRC a décidé par consensus, ceci implique que Madame VdP s'est alignée sur la position des autres membres de la CRC, qu'elle n'a pas pu influencer l'adoption des projets de décision émanant [des autres régulateurs], et qu'un grief de partialité n'est pas allégué à l'encontre des membres délégués par ces régulateurs, une crainte ou apparence justifiée de partialité ne peut donc subsister par rapport au processus décisionnel au sein de la CRC »¹⁴³². Deux des câblodistributeurs concernés ont introduit un recours en cassation. Par arrêt du 23 mars 2017, la Cour de cassation confirme l'interprétation de la cour d'appel : « L'impartialité d'un organe collégial ne peut être mise en cause que si, d'une part, des faits précis peuvent être allégués, de nature à faire planer un doute raisonnable quant à l'impartialité d'un ou de plusieurs membres du collège, et si, d'autre part, il ressort des circonstances de la cause que la partialité de ce ou de ces membres a pu influencer l'ensemble du collège »¹⁴³³. Ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. « Cette règle ne reçoit pas d'exception lorsque la décision de ce collègue doit être prise par consensus »¹⁴³⁴.

313. Autorités concernées par l'obligation d'une « indépendance politique ». En vertu de l'article 3, § 3*bis*, alinéa premier, de la directive « cadre », « [...] les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises [...] agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire ». Mais qu'en est-il si les législateurs nationaux, comme c'est le cas en Belgique, attribuent d'autres tâches de régulation à ces autorités réglementaires nationales (ARN) que la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises de communications électroniques ? Deux conceptions s'affrontent. L'approche « fonctionnelle » restreint cette exigence d'une telle « indépendance politique » des ARN, aux seules décisions visées spécifiquement par le droit européen en matière de communications électroniques. L'approche « organisationnelle » par contre estime que l'indépendance politique concerne l'autorité dans son ensemble, qu'elle agisse en matière de régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises de communications électroniques ou dans d'autres activités (gestion du spectre) ou secteurs (poste, énergie, médias audiovisuels, concurrence, ...). Dans un arrêt de 2016, la Cour de justice semble avoir opté pour la première, en disant « que la directive "cadre" ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'une ARN, au sens de cette directive, soit fusionnée

¹⁴³⁰ Bruxelles (18^e ch.), 6 novembre 2012, R.G. n^{os} 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375 et 2377, points 125 et 123-124. Voy. aussi Bruxelles (18^e ch.), 4 septembre 2012, n^{os} 2011/AR/ 2289 à 2291, points 83-85.

¹⁴³¹ Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, n^{os} 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, points 82-92. Voy. aussi Bruxelles (18^e ch.), 12 novembre 2014, n^{os} 2011/AR/2289 à 2291 ainsi que 2011/AR/2415 et 2418, points 48-56.

¹⁴³² Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, n^{os} 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, point 91.

¹⁴³³ Cass., 23 mars 2017, R.G. n^o C.15.0498.F, p. 56.

¹⁴³⁴ *Ibid.*



avec d'autres autorités de réglementation nationales et à ce que l'ensemble forme un seul organisme de réglementation multisectoriel sous réserve que, dans l'exercice des tâches que la directive «cadre» et les directives particulières attribuent aux ARN, cet organisme réponde aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence prévues par la directive «cadre»¹⁴³⁵. Un arrêt de 2017 s'inscrit néanmoins plutôt dans la seconde approche. Cet arrêt a trait à une procédure de sélection et d'attribution de radiofréquences, compétence non couverte par l'obligation d'indépendance politique du droit européen. Le législateur italien avait néanmoins confié cette compétence en matière de radiofréquences à l'autorité qui est aussi responsable pour les tâches que la directive «cadre» et les directives particulières attribuent aux ARN. Cette dernière circonstance ainsi que le fait que l'article 9, § 1^{er}, de la directive «cadre» prévoit l'attribution de la compétence d'assigner des fréquences à des «autorités compétentes» (et donc pas nécessairement à une ARN) figure dans le Chapitre III «tâches des autorités réglementaires nationales»¹⁴³⁶, suffisent à la Cour pour estimer que l'indépendance de cette ARN «serait compromise s'il était permis à des entités extérieures, telles que le ministre du Développement économique et le législateur italiens dans l'affaire au principal, de suspendre, voire d'annuler [...], une procédure de sélection pour l'attribution des radiofréquences en cours organisée sous la responsabilité de ladite autorité»¹⁴³⁷.

314. L'ARN doit disposer de ressources financières adéquates. L'article 3, § 3bis, alinéa 3, de la directive «cadre» exige qu'afin de garantir l'indépendance et l'impartialité des ARN, les États membres veillent, en substance, à ce qu'elles disposent, pour l'ensemble d'entre elles, des ressources financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées. Quelle est l'étendue de cette obligation imposée aux États membres? En effet, le droit de l'Union reconnaît les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale¹⁴³⁸ des États membres. Les États membres gardent leur compétence pour organiser le fonctionnement de leurs administrations selon les règles – y compris budgétaires – et administratives nationales. Ce n'est que si l'application de ces règles nationales risque de porter atteinte à la mise en œuvre effective d'une directive que ces règles nationales ne peuvent s'appliquer aux ARN. D'une manière générale, les ARN ne peuvent invoquer l'article 3, § 3, de la directive «cadre» pour échapper aux mesures «horizontales», c'est-à-dire applicables à l'ensemble de la fonction publique, adoptées par leur gouvernement pour contrôler les dépenses publiques. De telles mesures horizontales d'encadre-

¹⁴³⁵ C.J.U.E., 19 octobre 2016, *Xabier Ormaetxea Garai et Bernardo Lorenzo Almendros c. Administración del Estado*, aff. C-424/15, EU:C:2016:780, point 36.

¹⁴³⁶ Voy. points 54 et 55.

¹⁴³⁷ C.J.U.E., 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e.a.*, aff. C-560/15, EU:C:2017:593, point 56.

¹⁴³⁸ Le principe de l'autonomie institutionnelle des États membres est à rattacher aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de l'Union et qui régissent les relations entre l'Union et les États membres ainsi qu'au principe dit de coopération loyale posé par l'article 4.3 TFUE. Voy. C.J.C.E., 15 décembre 1971, *International Fruit Company e.a. c. Produktschap voor groenten en fruit*, aff. C-51/71 à 54/71, EU:C:1971:128, premier point du dispositif: «1) Lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État». Voy. également C.J.C.E., 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, aff. C-39/70, EU:C:1971:16, point 4; C.J.U.E., 17 mars 2016, *Abdelhafid Bensada Benallal c. État belge*, aff. C-161/15, EU:C:2016:175, point 24 et C.J.U.E. (ord.), 7 avril 2016, *Antonio Tita e.a. c. Ministero della Giustizia e.a.*, aff. C-495/14, EU:C:2016:230, point 35.



ment « ne sauraient, dès lors, être considérées comme portant atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des ARN, telles qu'elles sont garanties par la directive-cadre, et, partant, comme étant incompatibles avec l'article 3 de cette directive, que s'il peut être constaté qu'elles sont de nature à faire obstacle à ce que les ARN concernées exercent de façon satisfaisante les fonctions qui leur sont assignées par ladite directive et les directives particulières ou qu'elles contreviennent aux conditions que la directive-cadre impose aux États membres de respecter afin qu'il soit satisfait au degré d'indépendance et d'impartialité des ARN que cette directive exige »¹⁴³⁹.

315. Principe de non-amovibilité des responsables d'une ARN et fusion de l'ARN avec d'autres régulateurs. L'article 3, § 3bis, alinéa 2, de la directive « cadre » demande aux États membres de veiller à ce que le chef d'une ARN qui est notamment responsable de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises, ou son remplaçant ou les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction au sein de l'ARN « ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, préalablement définies en droit national ». Or, le gouvernement espagnol avait décidé de fusionner l'ARN pour les communications électroniques avec l'autorité de concurrence et les régulateurs de différents secteurs (poste, électricité...) et le président de l'ARN avait contesté son limogeage qui en résultait. La Cour de justice a finalement été consultée sur l'interprétation à donner à l'article 3, § 3bis, et en particulier si ce dernier s'oppose à ce que, du seul fait d'une réforme institutionnelle consistant à fusionner une ARN, responsable notamment de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises, avec d'autres régulateurs afin de créer un organisme de réglementation multisectoriel notamment chargé des tâches dévolues à l'ARN, au sens de la directive « cadre », le président et un conseiller de l'ARN fusionnée soient congédiés avant l'échéance de leurs mandats. La Cour a répondu que la « nécessité de respecter l'impartialité et l'indépendance du chef d'une ARN responsable de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises, ou, le cas échéant, des membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction, ne saurait donc faire obstacle à ce qu'une réforme institutionnelle, telle que celle en cause au principal, intervienne lorsque leurs mandats sont encore en cours »¹⁴⁴⁰. Mais la Cour ajoute qu'il incombe dans ce cas à l'État concerné « de prévoir des règles qui garantissent que le congédiement avant l'échéance de leurs mandats ne porte pas atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des personnes concernées »¹⁴⁴¹.

316. Principe de non-amovibilité des responsables d'une ARN – La pratique. En Belgique également, le mandat d'un président d'une ARN, en l'occurrence de l'IBPT, a été terminé avant terme et ce d'une manière indirecte. En 2013, le Conseil d'État¹⁴⁴² avait annulé la procédure d'évaluation et de sélection des candidats francophones pour le conseil de l'IBPT (son organe directeur). Ayant « constaté que l'aptitude d'un autre candidat, [...], avait été irrégulièrement appréciée, le Conseil d'État a annulé la décision finale de nomination qui était motivée par référence à l'avis irrégulier de la commission de sélection ; que, dans ce contexte, [l'État belge] ne

¹⁴³⁹ C.J.U.E., 28 juillet 2016, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni c. Istituto Nazionale di Statistica – ISTAT e.a.*, aff. C-240/15, EU:C:2016:608, point 39.

¹⁴⁴⁰ C.J.U.E., 19 octobre 2016, *Xabier Ormaetxea Garai et Bernardo Lorenzo Almendros c. Administración del Estado*, aff. C-424/15, EU:C:2016:780, point 50.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, point 51.

¹⁴⁴² C.E. (8^e ch.), 17 janvier 2013, *Denef*, n° 222.114.



pouvait légalement limiter au seul requérant en annulation les effets de celle-ci»¹⁴⁴³. Le caractère objectif du contentieux devant le Conseil d'État a pour conséquence que l'annulation d'un acte administratif fait disparaître celui-ci de l'ordonnancement juridique et qu'une telle disparition ne profite pas seulement au requérant en annulation mais revêt une valeur *erga omnes*¹⁴⁴⁴. Le président de l'ARN était donc considéré ne jamais avoir été nommé et, par conséquent, il n'avait pas été «congédié» au sens de la directive «cadre». La procédure de sélection a été reprise. Mais la rétroactivité de l'arrêt d'annulation a eu comme effet de priver l'ancien président, au niveau de son curriculum vitæ, d'une période de référence allant du 7 octobre 2009 au 17 janvier 2013 qu'il a, dans les faits, exercé, alors que les autres candidats avaient pu faire valoir lors de la procédure de sélection répétée, l'expérience acquise pendant cette période, pénalisant ainsi l'ancien président, auquel un autre candidat a été préféré lors de la nouvelle procédure de sélection.

2. Contrôle juridictionnel des décisions de l'ARN

317. L'obligation de motivation matérielle incombant aux ARN. La cour d'appel accepte que «la motivation peut être exprimée succinctement, à condition qu'elle soit suffisante et claire»¹⁴⁴⁵. Mais la motivation doit néanmoins permettre à la cour de vérifier si les obligations concernées se justifient. La cour a ainsi annulé l'exclusion de Proximus (à l'époque Belgacom) du bénéfice d'obligations d'accès imposées aux câblo-opérateurs au motif que les paragraphes concernés «n'expliquent pas dûment les raisons pour lesquelles cette exclusion est justifiée à l'aune de la situation sur le marché pertinent et de la situation propre à Belgacom».

318. Étendue du recours en pleine juridiction¹⁴⁴⁶. En vertu de l'article 4 de la directive «cadre», les États membres doivent veiller «à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération» en cas de recours contre les décisions des ARN¹⁴⁴⁷. L'article 5, alinéa 3, de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, dispose que contre toutes les décisions de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques, un recours en pleine juridiction peut être introduit devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé, dans les 60 jours suivant la notification de la décision à toutes les parties concernées par recommandé, et que la cour peut remplacer la décision contestée par une nouvelle décision. La Cour de cassation a précisé qu'il «s'ensuit que les vices formels qui affectent la décision de la CRC ne peuvent entraîner son annulation s'ils sont susceptibles d'être corrigés par la cour d'appel de Bruxelles statuant sur le recours dirigé contre

¹⁴⁴³ C.E. (8^e ch.), 3 mars 2015, *Hindryckx Luc*, n° 230.389, p. 9.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴⁴⁵ Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, nos 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, point 231.

¹⁴⁴⁶ Sur cette problématique, voy. également chronique *R.D.T.I.*, 2009, n° 35 (années 2002-2008), pp. 158-159; *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49 (années 2009-2011), pp. 165-167; *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60 (années 2012-2014), p. 142.

¹⁴⁴⁷ En vertu de l'article 4 de la directive, «le droit de recours s'ouvre à tout utilisateur et à tout fournisseur de réseaux et services de communications électroniques qui est affecté par une décision de l'ARN»: sur ce concept large qui dépasse le destinataire direct d'une décision, voy. *infra*.



cette décision »¹⁴⁴⁸. Ainsi, l'ARN « peut compléter et clarifier la motivation sur la base des éléments de fait qui étaient connus au moment où les décisions ont été prises et qui expliquent le lien logique entre les constats et la conclusion »¹⁴⁴⁹, mais les faits qui sont postérieurs à la décision attaquée ne peuvent être pris en considération. Le recours ne constitue donc pas un véritable second degré, car si « la compétence de pleine juridiction dont dispose la cour d'appel de Bruxelles lui permet d'annuler et de réformer les décisions de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques, de statuer sur le fond du litige en vérifiant la légalité externe et interne de ces décisions et en examinant si elles sont fondées en fait, procèdent de qualifications juridiques correctes et ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des éléments soumis à cette Conférence, elle ne lui permet pas de se placer sur le plan de l'opportunité »¹⁴⁵⁰. Dans ce cadre, la cour d'appel peut apprécier la proportionnalité des obligations imposées par l'IBPT aux opérateurs sur le marché au regard des objectifs énoncés aux articles 6 à 8 de la LCE, qui transposent l'article 8 de la directive « cadre ». Toutefois « [u]ne juridiction nationale ne peut pas, lorsqu'elle exerce un contrôle juridictionnel d'une décision de l'ARN, exiger de cette autorité qu'elle démontre que ladite obligation réalise effectivement les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre »¹⁴⁵¹. Car « [f]aire peser une telle charge de la preuve sur une ARN ferait en effet abstraction de ce que l'adoption d'obligations réglementaires repose sur une analyse prospective de l'évolution du marché, qui prend comme référence, pour remédier aux problèmes de concurrence constatés, le comportement et/ou les coûts d'un opérateur efficace. Or, s'agissant de mesures axées sur l'avenir, la preuve que celles-ci réalisent effectivement les objectifs [...] de la directive-cadre est impossible ou excessivement difficile à rapporter »¹⁴⁵². On peut donc parler d'obligation de moyen et non pas d'obligation de résultat.

319. Intérêt à agir. La directive « cadre » demande aux États membres d'accorder une possibilité de recours juridictionnel, portant sur la forme et sur le fond, en faveur de « tout utilisateur ou toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté par une décision prise par une autorité réglementaire nationale »¹⁴⁵³. La loi belge utilise les termes « [t]oute personne ayant un intérêt pour agir »¹⁴⁵⁴. Dans le cadre du contentieux objectif, la cour d'appel doit, en principe, interpréter cet intérêt conformément à la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État¹⁴⁵⁵. Résumant la doctrine, L. Donnay note que « l'intérêt doit être certain et direct, légitime ; moral

¹⁴⁴⁸ Cass., 23 mars 2017, R.G. n° C.15.0498.F.

¹⁴⁴⁹ Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, n°s 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, points 232 et 226 (« il est permis au régulateur de compléter une motivation lacunaire au cours de la procédure, pourvu qu'il s'agisse de faits qui étaient déjà connus au moment de l'adoption des décisions mais qui, par hypothèse ne seraient pas suffisamment explicités dans les décisions »).

¹⁴⁵⁰ Cass., 23 mars 2017, R.G. n° C.15.0498.F, p. 58.

¹⁴⁵¹ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Koninklijke KPN e.a. c. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, aff. C-28/15, EU:C:2016:692, point 61.

¹⁴⁵² *Ibid.*, point 59.

¹⁴⁵³ Directive « cadre », art. 4, § 1^{er}, al. 1^{er}.

¹⁴⁵⁴ Loi « IBPT-recours », art. 2, § 1^{er}.

¹⁴⁵⁵ « Les demandes, difficultés, recours en annulation et recours en cassation (...), peuvent être portés devant la section du contentieux administratif par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt (...) » (lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 mars 1973, art. 19, al. 1^{er}).



ou matériel; actuel et suffisamment individualisé»¹⁴⁵⁶. D'autre part, que l'annulation doit donc procurer au requérante un avantage personnel et direct, même minime. Au cours des années, le Conseil d'État a donné une « interprétation évolutive et positive au concept »¹⁴⁵⁷. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne, apparemment inspirée par une interprétation téléologique de la directive « cadre », a dans son arrêt¹⁴⁵⁸ du 22 janvier 2015 donné une interprétation encore plus large de ce concept. Pour la Cour, le requérant ne doit plus démontrer avoir subi un inconvénient « direct » et « certain » de la mesure de l'ARN, mais seulement établir une incidence « hypothétique » de cette mesure. Le destinataire direct d'une mesure de l'ARN est donc « affecté ». Mais pour la Cour, une entreprise est aussi « affectée » au sens de l'article 4 de la directive « cadre » si :

- elle fournit des réseaux ou des services de communications électroniques et est un concurrent de l'entreprise ou des entreprises destinataires de la décision de l'ARN ;
- l'ARN se prononce dans le cadre d'une procédure qui vise à sauvegarder la concurrence ; et
- la décision en cause est susceptible d'avoir une incidence sur la position de cette entreprise sur le marché¹⁴⁵⁹.

En l'occurrence, la Cour affirme qu'une modification des « quotes-parts respectives de la dotation en radiofréquences [des opérateurs mobiles] a (...) une incidence sur la position de T-Mobile Austria sur ledit marché »¹⁴⁶⁰, sans préciser les probabilités ou la magnitude d'une telle incidence¹⁴⁶¹. En réalité, s'il est vrai que le requérant dans la procédure de fond, « T-Mobile Austria, est en concurrence directe avec les parties à l'opération de cession des fréquences, à savoir Orange, Hutchison Drei Austria et A1 Telekom Austria, sur le marché des services de communications électroniques »¹⁴⁶², l'incidence de la modification des quotes-parts respectives en radiofréquences de ces entreprises est tout à fait aléatoire. Cette incidence dépendra de l'aptitude d'A1 Telekom Austria à diminuer à moyen terme son prix de revient grâce à ces fréquences additionnelles, aptitude qui est loin d'être établie. En fait, la position concurrentielle de T-Mobile était affectée non pas par la nouvelle répartition des fréquences, mais par la fusion d'Orange et de Hutchison Drei

¹⁴⁵⁶ L. DONNAY, *Le recours en annulation devant le Conseil d'État : évolutions législatives et jurisprudentielles récentes*, ULg, 2009, p. 24, <http://hdl.handle.net/2268/28633>.

¹⁴⁵⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport annuel 2007-2008*, p. 61.

¹⁴⁵⁸ C.J.U.E., 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, aff. C-282/13, EU:C:2015:24.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, points 39, 47 et 48. Sur cette question, voy. aussi C.J.C.E., 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication c. Telekom-Control-Kommission*, aff. C-426/05, EU:C:2008:103, qui considère qu'est considérée comme « affectée » (et jouissant donc du droit de recours) non seulement une entreprise qui fait l'objet d'une décision d'une ARN, mais aussi les utilisateurs et les entreprises concurrents de cette entreprise, qui ne seront pas eux-mêmes destinataires de cette décision, lorsque les droits de ceux-ci sont potentiellement affectés par cette décision » (points 39 et 43). Sur cette décision, voy. aussi chronique, *R.D.T.I.*, 2009, n° 35 (années 2002-2008), pp. 143-144.

¹⁴⁶⁰ C.J.U.E., 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, aff. C-282/13, EU:C:2015:24, point 47.

¹⁴⁶¹ La Cour semble avoir choisi une telle formulation pour éviter de contredire l'interprétation du concept d'intérêt en matière de recours contre les décisions de la Commission européenne par le Tribunal de première instance qui exige que si « l'intérêt dont se prévaut une partie requérante concerne une situation juridique future, elle doit établir que l'atteinte à cette situation se révèle, d'ores et déjà, certaine. Dès lors, une partie requérante ne saurait invoquer des situations futures et incertaines pour justifier son intérêt à demander l'annulation de l'acte attaqué » (Trib., 12 juin 2015, *The Health Food Manufacturers' Association e.a. c. Commission européenne*, aff. T-296/12, EU:T:2015:375, point 207). Notons cependant que dans son arrêt du 21 février 2008, la Cour a considéré comme « affecté » les utilisateurs et concurrents de l'entreprise destinataire dont les « droits sont potentiellement affectés » (C.J.C.E., 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication c. Telekom-Control-Kommission*, aff. C-426/05, EU:C:2008:103, point 39).

¹⁴⁶² C.J.U.E., 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, aff. C-282/13, EU:C:2015:24, point 47.



Austria, réduisant le nombre d'opérateurs sur le marché mobile en Autriche de quatre à trois, permettant l'émergence sur le marché autrichien d'un troisième opérateur avec suffisamment de masse critique pour concurrencer les deux principaux opérateurs, dont T-Mobile, avec une part de marché autour des 30%¹⁴⁶³, faisait partie. Ceci dit, l'interprétation de la Cour de justice lie les juridictions des États membres. La cour d'appel de Bruxelles compétente pour les recours contre les décisions de l'IBPT – depuis le 9 janvier 2017 en sa section de cour des marchés¹⁴⁶⁴ – a ainsi déjà repris cette interprétation pour accepter l'intérêt d'une entreprise qui n'opère pas¹⁴⁶⁵ sur le marché concerné par une décision de l'IBPT d'attaquer cette décision, au motif qu'il « ne faut pas donner à l'article 4, § 1^{er}, de la directive "cadre" – et par répercussion en droit belge à l'article 2, § 1, alinéa 2, de la loi IBPT-recours – une interprétation restrictive, vu l'objectif général de promotion de la concurrence du cadre réglementaire »¹⁴⁶⁶.

320. Application des principes du contradictoire et du respect des droits de la défense.

Comme les différents opérateurs affectés par les décisions du régulateur sont parfois des concurrents, l'accès au dossier sera parfois limité. En effet, la cour « est tenue de veiller à ce que la confidentialité du dossier transmis par l'Institut soit préservée tout au long de la procédure devant la cour. Ce prescrit n'est pas incompatible avec le respect des droits de la défense, dans la mesure où le respect du procès équitable prescrit par l'article 6, § 1, de la CEDH ne s'oppose pas à ce qu'exceptionnellement, le principe du contradictoire doive céder à la confidentialité de pièces dans une procédure civile (Cour eur. D.H., 21 juin 2007, *Antunes & Pires c. Portugal*, n° 35) »¹⁴⁶⁷.

321. Obligation d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne.

Afin d'assurer une application uniforme des obligations prévues par les directives et transposées dans le droit national de chacun des États membres, l'article 267 du TFUE prévoit que lorsqu'une question relative à l'interprétation d'une directive est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. La cour d'appel a précisé qu'une « juridiction dont les décisions rendues dans le cadre d'un litige peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation

¹⁴⁶³ GSMA, *Assessing the impact of mobile consolidation on innovation and quality – An evaluation of the Hutchison/Orange merger in Austria*, 2017, p. 10, disponible sous https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2017/07/GSMA_Assessing-the-impact-of-mobile-consolidation-on-innovation-and-quality_36pp_WEB.pdf.

¹⁴⁶⁴ La cour des marchés est une appellation donnée à l'une des sections (actuellement la 19^e ch. A) de la cour d'appel de Bruxelles (voy. loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 30 décembre 2016, en particulier art. 59, 60, 112 et 157). Elle est opérationnelle depuis le 9 janvier 2017. Vu qu'un accord de coopération comme l'accord de coopération CRC ne peut pas être modifié par une loi, les recours contre les décisions de la CRC sont introduits devant la cour d'appel de Bruxelles en tant que telle. Par contre, les recours contre les décisions de l'IBPT et contre les décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications et de son président ou remplaçant sont traités par la cour des marchés. Pour un descriptif de la cour des marchés, voy. https://www.tribunaux-rechtbanken.be/sites/default/files/public/Gebiedsomschrijving/cour_des_marches.pdf.

¹⁴⁶⁵ Le requérant admet implicitement que son service de connectivité en vol n'est pas vraiment substituable à celui concerné par la décision. Le seul intérêt du requérant est l'échec commercial du bénéficiaire de la décision attaquée de l'IBPT, échec qui forcerait les compagnies aériennes de s'adresser au requérant.

¹⁴⁶⁶ Bruxelles (cour des marchés, 19^e ch. A), 14 mars 2018, n° 2017/AR/1273, point 29.

¹⁴⁶⁷ Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, n°s 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, point 68. En vertu des articles 3, § 5, et 5, § 3, de la directive « cadre », la préservation de la confidentialité d'informations constitue un principe fondamental de la procédure devant les ARN. L'article 8 de l'Accord de Coopération consacre également le principe de la confidentialité des informations au niveau de la procédure devant la CRC.



ne peut être qualifiée de juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne [au sens de cet article] y compris lorsque le système procédural dans le cadre duquel ledit litige doit être jugé impose des restrictions pour ce qui concerne la nature des moyens pouvant être invoqués devant une telle juridiction. Moyens qui doivent être fondés sur la violation de la loi. En effet, de telles restrictions, tout comme l'absence d'effet suspensif du pourvoi en cassation, n'ont pas pour effet de priver les parties ayant comparu devant une juridiction dont les décisions sont susceptibles d'un tel pourvoi, de la possibilité d'exercer de manière effective leur droit de former ce recours contre la décision de cette dernière juridiction statuant sur ledit litige. Ces restrictions et cette absence d'effet suspensif n'impliquent dès lors pas que celle-ci doit être qualifiée de juridiction prononçant une décision non susceptible de recours»¹⁴⁶⁸.

322. Prise en compte de moyens fondés sur des recommandations de la Commission.

Conformément à l'article 288 TFUE, les juridictions nationales ne sont, en principe, pas liées par les recommandations de la Commission. En outre, l'article 4 de la directive «cadre» requiert que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération par l'organisme compétent pour connaître les recours contre les décisions des ARN. Ainsi, une cour saisie d'un litige relatif à la légalité d'une obligation tarifaire imposée par une ARN peut s'écarter des recommandations de la Commission. «Néanmoins, selon une jurisprudence constante de la Cour, même si les recommandations ne visent pas à produire d'effets contraignants, les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'elles éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre ou lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions de l'Union ayant un caractère contraignant»¹⁴⁶⁹. La juridiction nationale ne peut s'écarter de l'approche recommandée que si «elle considère que des motifs liés aux circonstances de l'espèce, en particulier aux caractéristiques spécifiques du marché de l'État membre en question, l'imposent»¹⁴⁷⁰.

323. Rétroactivité de l'annulation des décisions du régulateur. L'annulation des décisions de l'IBPT par la cour d'appel/cour des marchés produit un effet rétroactif¹⁴⁷¹. Les obligations que

¹⁴⁶⁸ Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/329, 401, 422, 424, 464 et 2016/AR/651, 740, 747, 749, 752, p. 55; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/330 et 425, AR/2016/649 et 750, pp. 51-52; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/331, 399, 426 et 465, 2016/AR/650, 739, 746 et 753, pp. 51-52. Voy. aussi Bruxelles (18^e ch. nl.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/328, 400, 423, 466 et 2016/AR/653, 738, 748 et 754, p. 50. Cette approche est en ligne avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Cfr notamment arrêt du 19 mai 2016, R.G. n^o C.13.0256.N, point 11. Dans cette affaire qui implique la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), la Cour de cassation rappelle, en se référant à l'arrêt C-210/06 de la C.J.C.E., que «le critère suivant lequel "il ne peut exister de place pour un doute raisonnable" pour que le juge national ne soit pas tenu de poser une question préjudicielle conformément à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'applique au juge national dont les décisions ne peuvent plus faire l'objet d'un recours, mais pas au juge dont les décisions peuvent encore faire l'objet d'un recours».

¹⁴⁶⁹ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Koninklijke KPN e.a. c. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, aff. C-28/15, EU:C:2016:692, point 41.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, point 43.

¹⁴⁷¹ À cet égard, la C.J.U.E. a trouvé que l'article 4 de la directive «cadre», «lu en combinaison avec l'article 47 de la charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], doit être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale saisie d'un recours contre une décision de l'autorité réglementaire nationale doit pouvoir annuler celle-ci avec effet rétroactif, si elle juge que cela est nécessaire pour assurer une protection effective des droits de l'entreprise qui a introduit le recours» (C.J.U.E., 13 octobre 2016, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et Petrotel c. Polkomtel*, aff. C-231/15, EU:C:2016:769, point 31).



ces décisions définissent sont censées ne jamais avoir été imposées, ce qui peut avoir un effet dramatique sur le marché quand la décision annulée fixait des conditions techniques et tarifaires pour l'accès au réseau de l'opérateur désigné comme puissant. Du jour au lendemain, ce dernier peut interrompre l'accès et demander la négociation d'un contrat commercial pour les prestations déjà fournies. En outre, l'annulation d'une analyse de marché a pour effet que les décisions établissant les offres de références adoptées en application de cette analyse ne peuvent acquérir une existence autonome et doivent donc également être annulées¹⁴⁷². Afin d'éviter la menace d'une telle épée de Damoclès sur l'accès réglementé, la loi permet, en cas d'annulation de ses décisions, à l'IBPT d'adopter une décision de réfection¹⁴⁷³. Mais une telle décision peut à son tour être attaquée, ce qui risque de créer alors un certain effet «boule de neige», vu que la décision rétroactive peut, à son tour elle aussi, être annulée¹⁴⁷⁴. Ainsi, en ce qui concerne la CRC¹⁴⁷⁵, la cour d'appel a annulé le 29 juin 2016 la décision de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques du 18 décembre 2014 portant réfection et correction de la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 sur l'analyse des marchés à large bande¹⁴⁷⁶, décision que la CRC avait adoptée suite à l'arrêt d'annulation partielle de la décision de 2011 prononcé par la cour d'appel le 3 décembre 2014¹⁴⁷⁷. Ceci dit, l'annulation d'une décision du régulateur peut ne pas être rétroactive. En effet, la cour d'appel estime qu'elle est compétente pour «déterminer le cas échéant la date à laquelle les décisions annulées disparaissent de l'ordre juridique»¹⁴⁷⁸. Elle invoque pour ce faire l'article 5, § 3, de l'accord de coopération CRC et un raisonnement par analogie à l'article 14^{ter} de la loi Conseil d'État, au cas où, du point de vue de la sécurité juridique, l'annulation «entraînerait des conséquences inacceptables»¹⁴⁷⁹. Ainsi la Cour a maintenu les effets de décisions annulées estimant «qu'une annulation non accompagnée d'une mesure de maintien provisoire des effets de la décision attaquée entraînerait donc un certain déséquilibre du modèle d'affaires des opérateurs, préjudiciable à ceux-ci. Ces éléments démontrent que l'annulation des

¹⁴⁷² Bruxelles (18^e ch.), 2 novembre 2016, n° 2014/AR/408, point 27.

¹⁴⁷³ «Dans le cadre de ses compétences, l'Institut [...] peut procéder, en respectant les motifs de l'annulation et sans modifier l'étendue de son champ d'application, à la réfection d'une décision annulée par une autorité juridictionnelle lorsque, du fait de cette annulation, un ou plusieurs des objectifs visés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont plus réalisés» (art. 14, § 2, 6°, loi «IBPT-statut»).

¹⁴⁷⁴ M. VAN BELLINGHEN, T. ZGAJEWSKI, *Les enjeux de la transposition en Belgique des nouvelles directives européennes sur les communications électroniques*, Gent, Academia Press, 2012, p. 35.

¹⁴⁷⁵ L'accord de coopération ne donne pas à la CRC de compétence équivalente à celle donnée à l'IBPT par l'article 14, § 2, 6°, loi «IBPT-statut». La décision de réfection annulée avait été prise en l'absence de texte en vertu de la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'État, selon lesquelles une autorité administrative est compétente pour reprendre la procédure de prise de décision au moment du vice de procédure qui a causé l'annulation et adopter une décision de réfection de l'acte administratif annulé, pour autant qu'elle tienne compte («répare») des motifs d'annulation.

¹⁴⁷⁶ Bruxelles (18^e ch.), 29 juin 2016, n° 2015/AR/196.

¹⁴⁷⁷ Bruxelles (18^e ch.), 3 décembre 2014, n° 2011/AR/2421.

¹⁴⁷⁸ Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/329, 401, 422, 424 et 464, 2016/AR/651, 740, 747, 749 et 752, p. 57; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/330 et 425, 2016/AR/649 et 750, p. 53; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/331, 399, 426 et 465, 2016/AR/650, 739, 746 et 753, p. 53. Voy. aussi Bruxelles (18^e ch. nl.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/328, 400, 423 et 466, 2016/AR/653, 738, 748 et 754, p. 52.

¹⁴⁷⁹ Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/329, 401, 422, 424 et 464, 2016/AR/651, 740, 747, 749 et 752, p. 58; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/330 et 425, 2016/AR/649 et 750, p. 54; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/331, 399, 426 et 465, 2016/AR/650, 739, 746 et 753, pp. 53-54. Voy. aussi Bruxelles (18^e ch. nl.), 25 octobre 2017, n°s 2014/AR/328, 400, 423 et 466, 2016/AR/653, 738, 748 et 754, p. 52.



deux décisions, particulièrement du point de vue de la sécurité juridique, occasionnerait des suites et des conséquences inacceptables»¹⁴⁸⁰.

C. Réglementation de l'activité des fournisseurs de réseaux et services de communications électroniques

1. La mise en place de réseaux: procédures et permis

324. Coordination internationale des radiofréquences. L'Union internationale des télécommunications (UIT) est l'institution spécialisée des Nations unies chargée notamment de l'attribution à l'échelle mondiale des radiofréquences. En vertu du programme pluriannuel de l'Union en matière de radiofréquences¹⁴⁸¹, « si le sujet faisant l'objet des négociations internationales relève du domaine de compétence de l'Union, la position de l'Union est arrêtée conformément au droit de l'Union ». Or, en vue de la conférence mondiale organisée à Genève par l'UIT, le Conseil avait adopté la position commune présentée par la Commission sous la forme de « conclusions » et non d'une décision au titre de l'article 218, paragraphe 9, TFUE. La Commission avait attaqué l'acte estimant que des conclusions n'étaient pas contraignantes et ne pouvaient dès lors « arrêter » une position de l'Union. De plus, la Commission considérait que l'approche suivie par le Conseil revenait à soumettre la coordination de la position de l'Union en vue de négociations de l'UIT à une décision à l'unanimité – les conclusions du Conseil étant approuvées par consensus, impliquant qu'elles ne peuvent être adoptées si un État membre s'y oppose – alors que les décisions visées à l'article 218, paragraphe 9, TFUE, sont adoptées à la majorité qualifiée. Le Conseil avait argumenté que l'absence de référence à l'article 218, paragraphe 9, TFUE, dans ces conclusions, ne signifierait pas que la position commune était fondée sur une autre disposition du TFUE. La Cour de justice a néanmoins donné raison à la Commission, estimant que « l'impératif de sécurité juridique requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit de l'Union qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu »¹⁴⁸².

325. Procédures d'assignation de radiofréquences. Lors du passage à la télévision numérique terrestre (TNT), la Bulgarie avait, comme seul pays de l'Union européenne, instauré une séparation structurelle entre, d'une part, l'exploitation de la transmission de la TNT et, d'autre part, l'exploitation de réseaux de communications électroniques. La Cour de justice a estimé qu'une telle restriction allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime de préserver une concurrence effective, prévue à l'article 8 de la directive « cadre ». La Cour constate en effet qu'il ressort « de l'article 16, paragraphe 1, de la directive-cadre que l'imposition de mesures *ex ante* visant à favoriser la concurrence ne se justifie que dans la situation où une analyse du marché

¹⁴⁸⁰ Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/329, 401, 422, 424 et 464, 2016/AR/651, 740, 747, 749 et 752, pp. 61-62; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/330 et 425, 2016/AR/649 et 750, p. 57; Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/331, 399, 426 et 465, 2016/AR/650, 739, 746 et 753, p. 59. Voy. aussi Bruxelles (18^e ch. nl), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/328, 400, 423 et 466, 2016/AR/653, 738, 748 et 754, p. 56.

¹⁴⁸¹ Art. 10, premier alinéa, point a), de la décision n^o 243/2012/UE du Parlement européen et du Conseil, du 14 mars 2012, établissant un programme pluriannuel en matière de politique du spectre radioélectrique, *J.O.U.E.* L 81/7 du 21 mars 2012, ELI: [http://data.europa.eu/eli/dec/2012/243\(2\)/oj](http://data.europa.eu/eli/dec/2012/243(2)/oj).

¹⁴⁸² C.J.U.E. (gr. ch.), 25 octobre 2017, *Commission européenne c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-687/15, EU:C:2017:803, point 53.



pertinent a révélé un dysfonctionnement de la concurrence sur ce marché. Or, la République de Bulgarie n'a pas démontré avoir effectué une telle analyse de marché¹⁴⁸³. Par ailleurs, la Bulgarie avait, dans son appel d'offre de juin 2009 pour la concession de fréquences pour l'exploitation de la transmission de la TNT, limité le nombre d'autorisation à deux, bien que le spectre disponible aurait permis un plus grand nombre d'autorisations. Constatant que cette limitation avait été faite sur la base de critères disproportionnés, la Cour a estimé que la Bulgarie avait mis en place des droits spéciaux pour la fourniture de services de communications électroniques, en violation de l'article 2, paragraphe 1, de la directive « concurrence »¹⁴⁸⁴. En Italie, les fréquences pour la transmission de la TNT avaient en partie été assignées aux opérateurs assurant la télédiffusion analogique, à laquelle il devait être mis fin dans le cadre du passage à la TNT. Chaque opérateur avait droit à autant de réseaux numériques qu'il avait de chaînes analogiques, après soustraction d'une chaîne. En d'autres termes, les opérateurs qui émettaient trois chaînes analogiques « ont bénéficié d'un rapport de conversion de 66,67 %, chacune ayant obtenu deux réseaux numériques (...), ce rapport de conversion n'a été que de 50 % dans le cas de Persidera, celle-ci ayant obtenu un seul réseau numérique pour ses deux chaînes analogiques »¹⁴⁸⁵. La Cour a estimé que cette clé de conversion était contraire aux principes de non-discrimination et de proportionnalité. En effet, cette clé « entraîne une réduction proportionnellement plus importante du nombre de réseaux numériques attribués par rapport au nombre de chaînes analogiques exploitées au détriment d'un opérateur par rapport à ses concurrents ». Un tel traitement différencié pourrait être objectivement justifié et proportionné à un objectif légitime d'intérêt général, tel que la continuité de l'offre télévisuelle. « Toutefois, une disposition qui conduirait à attribuer, aux opérateurs déjà présents sur le marché, un nombre de radiofréquences numériques supérieur au nombre qui serait suffisant pour assurer la continuité de leur offre télévisuelle irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif et serait, ainsi, disproportionnée ».

En Belgique, la prolongation par l'IBPT jusqu'au 25 avril 2024 de droits d'utilisation accordée à une entreprise dans les bandes de fréquences de 3,5 GHz et 10,5 GHz pour la fourniture de services de communications électroniques avait été attaquée. Suite à ce recours, l'IBPT a toutefois marqué son accord de retirer intégralement la décision et la cour des marchés a radié les affaires¹⁴⁸⁶.

326. Obligation d'obtenir des permis d'urbanisme. Afin de déployer les antennes émettrices de leurs réseaux, les opérateurs sont soumis à une obligation d'obtenir un permis d'urbanisme en Régions wallonne et flamande (« *stedebouwkundige vergunning* ») et un permis d'environnement en Région bruxelloise, selon des procédures spécifiques à chaque région. Le Conseil d'État est l'autorité de recours administrative dans les deux premières Régions. Les recours administratifs en Région flamande sont en revanche de la compétence du « Raad voor Vergunningsbetwistingen » (RvVb – Conseil pour les contestations des autorisations). Un recours en cassation peut être introduit contre les décisions administratives du RvVb, auprès du Conseil d'État. Ce dernier examine si les arrêts du RvVb ont été adoptés conformément à la loi.

¹⁴⁸³ C.J.U.E., 23 avril 2015, *Commission européenne c. République de Bulgarie*, aff. C-376/13, EU:C:2015:266, point 88.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, point 123.

¹⁴⁸⁵ C.J.U.E., 26 juillet 2017, *Persidera c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni et Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti*, aff. C-112/16, EU:C:2017:597, point 48.

¹⁴⁸⁶ Bruxelles (cour des marchés, 19^e ch. A), 28 juin 2017, R.G. n^{os} 2017/5687 et 2017/5681.



327. Respect des normes en matière de radiations non ionisantes. Le Conseil d'État a rejeté le moyen d'annulation invoqué par Orange contre l'annulation par le RvVb d'un permis d'urbanisme qui lui avait été accordé, au motif de l'absence¹⁴⁸⁷ d'un examen «*in concreto*» de l'impact en matière de radiations non ionisantes de l'ensemble des antennes qui seraient implantées sur le pylône autorisé, quand bien même Orange respectait les plafonds de radiation fixés dans le décret flamand VLAREM II¹⁴⁸⁸, comme il apparaissait du certificat de conformité visé dans le permis¹⁴⁸⁹. En revanche, la Cour constitutionnelle a considéré que la Région bruxelloise pouvait légitimement relever le niveau maximum de radiation autorisé fixé¹⁴⁹⁰ pour l'autorisation de l'installation d'antennes de communications mobiles. La Cour note qu'il «*ressort des travaux préparatoires de la disposition attaquée que l'assouplissement de la norme a été dicté par le souci de permettre l'introduction de la technologie 4G dans la Région de Bruxelles-Capitale, qui est jugée nécessaire dans le cadre de son rôle international et européen, sans hypothéquer le bon fonctionnement des réseaux 2G et 3G et ce, à un coût acceptable pour les opérateurs (...) Indépendamment de la question de savoir, (...) s'il est question en l'espèce d'une réduction sensible du niveau de protection offert par l'ancienne réglementation, l'assouplissement de la norme est justifié ici par les motifs d'intérêt général*»¹⁴⁹¹. La Cour a par contre annulé partiellement l'ordonnance en ce qu'elle excluait les balcons et les terrasses de la définition des zones accessibles au public, qui constituent le champ d'application de la norme. Pour la Cour, la différence de traitement n'était pas suffisamment justifiée et balcons et terrasses doivent donc être soumis également à la norme de limitation des rayonnements. Le Conseil d'État a néanmoins rappelé que le gouvernement bruxellois dispose d'une compétence discrétionnaire¹⁴⁹² pour accorder le permis d'environnement. Il pourrait refuser un permis, même si les installations ne dépassent pas le plafond fixé par l'ordonnance. De son côté, le Conseil d'État a précisé que «*la capacité technique théorique de dépassement de la norme fixée ne fait pas obstacle à la délivrance d'un permis pour autant qu'il résulte des réglages mentionnés dans la demande de permis que le seuil autorisé ne sera pas dépassé; que le grief, en évoquant l'hypothèse d'un dysfonctionnement accidentel, concerne davantage l'exécution du permis que sa légalité*»¹⁴⁹³. De même, le RvVb a déclaré irrecevable un recours qui n'apportait pas d'élément concret démontrant le risque pour la santé des émis-

¹⁴⁸⁷ C.E. (7^e ch.), 5 janvier 2017, *N. V. Mobistar*, n° 236.962.

¹⁴⁸⁸ «*Het cruciale motief in het bestreden arrest "Door slechts te verwijzen naar voorgaande algemene bepalingen, laat de verwerende partijen na op concrete wijze na te gaan of de elektromagnetische straling die uitgaat van de zendmast geen onaantvaardbaar gezondheidsrisico inhoudt voor de verzoekende partijen"*», *op. cit.*, point 7. Le RvVb a annulé d'autres permis pour la même raison (RvVb (2^e ch.), 24 février 2015, *Peeters, Buysse & Van Dyck*, n° A/2015/0083, p. 26; RvVb (5^e ch.), 3 décembre 2015, *Aerts e.a.*, n° A/1516/0325, p. 20, confirmé par C.E. (7^e ch.), 5 janvier 2017, *N. V. Mobistar*, n° 236.962; RvVb (5^e ch.), 25 octobre 2016, *Commune de Destelbergen*, n° A/1617/0207, p. 18; RvVb (7^e ch.), 8 novembre 2016, *Ville de Gand*, n° A/1617/0260, p. 25, confirmé par C.E. (7^e ch.), 23 novembre 2017, *N. V. Proximus*, n° 239.941; RvVb (6^e ch.), 29 novembre 2016, *Nuyts, Van Wijk*, n° A/1617/0354, p. 26; RvVb (2^e ch.), 20 juin 2017, *Ville de Mortsel*, n° A/1617/0946, p. 28).

¹⁴⁸⁹ Quand le permis se réfère à un certificat qui n'a pas encore été délivré, il se fonde sur une interprétation erronée de données factuelles (RvVb (6^e ch.), 25 avril 2017, *Commune d'Edegem*, n° A/1617/0797, p. 24).

¹⁴⁹⁰ Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 3 avril 2014 modifiant l'ordonnance du 1^{er} mars 2007 relative à la protection de l'environnement contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les radiations non ionisantes et modifiant l'ordonnance du 5 juin 1997 relative aux permis d'environnement, *M.B.*, 30 avril 2014.

¹⁴⁹¹ C. const., 27 janvier 2016, n° 12/2016, point 1.B.5.2.

¹⁴⁹² C.E. (15^e ch.), 2 octobre 2015, *Commune de Woluwe-Saint-Lambert*, n° 232.412, p. 3.

¹⁴⁹³ C.E. (15^e ch.), 29 juin 2017, *Commune d'Etterbeek*, n° 238.733, p. 14.



sions pour les personnes qui résident au domicile du requérant en annulation¹⁴⁹⁴. En Wallonie, la limite d'émission des antennes est fixée dans le décret du 3 avril 2009¹⁴⁹⁵. Quand le fonctionnaire délégué de la Région wallonne s'est effectivement assuré que l'installation envisagée respectait cette norme, le Conseil d'État rejette¹⁴⁹⁶ les moyens fondés sur une motivation insuffisante par rapport au contexte environnemental. Dans ce contexte, l'avis de l'Institut scientifique de service public (l'ISSeP) est déterminant. Ainsi, quand aucun examen cumulatif des ondes générées par l'ensemble des antennes d'un pylône n'a été fait, il suffit pour la Région wallonne de mentionner dans la motivation de sa décision que « l'ISSeP a répondu, le 23 juillet 2014, qu'il n'y avait pas lieu de procéder à cet examen »¹⁴⁹⁷.

328. Respect des plans d'aménagement. Le Conseil d'État accepte que les impératifs techniques invoqués par les opérateurs mobiles peuvent justifier une dérogation au plan communal d'aménagement (PCA), comme le motif suivant: « [C]onsidérant que les installations projetées constituent un élément d'un réseau de télécommunication, qui constitue un "maillage" entre les divers équipements de façon à assurer une couverture la plus uniforme possible du territoire; que ce "maillage" n'est pas de nature à pouvoir se calquer sur le plan de secteur (ou le plan communal d'aménagement, dans ce cas-ci) en tout lieu et des dérogations audit plan sont, par nature pour ce type de projets, inévitables; que le réseau permet par ailleurs la mise en communication de milliers de personnes et contribue à l'amélioration du transfert des appels d'urgence notamment en cas d'accident »¹⁴⁹⁸. Le RvVb a rappelé que l'installation de pylônes GSM est d'intérêt général au sens du Code flamand de l'aménagement du territoire. Ni l'objectif commercial, ni la position de marché de l'entreprise concernée n'affectent cette qualification¹⁴⁹⁹. En revanche, même si d'intérêt public, la Région flamande doit motiver dans son permis comment un pylône de 25 m de haut s'intègre dans une zone destinée à l'habitation d'une manière compatible avec un bon aménagement du territoire¹⁵⁰⁰. En cas de construction de pylônes dont la hauteur dépasse significativement celle des bâtiments environnants, le permis doit expliciter ses critères d'évaluation utilisés relatifs « aux éléments visuels/formels »¹⁵⁰¹ permettant à la juridiction d'appel de s'assurer que la motivation du permis repose sur des faits réels et concrets, qui sont pertinents et ont été constatés avec la prudence requise¹⁵⁰². Ainsi, la mention qu'un pylône de 25 m est « un équipement que l'on peut raisonnablement prévoir le long de voiries publiques » ou la présence dans les environs d'arbres à haute futaie sont insuffisantes pour motiver la compatibilité du permis

¹⁴⁹⁴ RvVb (8^e ch.), 3 mars 2015, n° A/2015//0119.

¹⁴⁹⁵ « Dans les lieux de séjour, l'intensité du rayonnement électromagnétique généré par toute antenne émettrice stationnaire ne peut pas dépasser la limite d'immission de 3 v/m » (art. 4 du décret de la Région wallonne du 3 avril 2009 relatif à la protection contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les rayonnements non ionisants générés par des antennes émettrices stationnaires », *M.B.*, 6 mai 2009).

¹⁴⁹⁶ C.E. (13^e ch.), 4 mars 2015, *Hiernaux Vincent*, n° 230.400, p. 9; C.E., 9 février 2016, *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, n° 233.782, A. 214.502/XIII-7194, p. 15.

¹⁴⁹⁷ C.E. (13^e ch.), 19 avril 2016, *Ville de Virton*, n° 234.445, p. 13.

¹⁴⁹⁸ C.E. (13^e ch.), 14 décembre 2017, *Perin Valérye*, n° 240.197, p. 22.

¹⁴⁹⁹ RvVb (2^e ch.), 24 novembre 2015, *Langelet*, n° A/1516/0239, p. 28 et RvVb (5^e ch.), 31 mai 2016, *Van Noten*, n° A/1516/1157, p. 22.

¹⁵⁰⁰ RvVb (6^e ch.), 5 juillet 2016, *Ville d'Alost*, n° A/1516/1334, p. 9.

¹⁵⁰¹ Décret de la Région flamande du 27 mars 2009, adaptant et complétant la politique d'aménagement du territoire, des autorisations et du maintien, art. 117, § 2, 1° (*M.B.*, 15 mai 2009).

¹⁵⁰² RvVb (7^e ch.), 6 décembre 2016, *L.T.I., Van Isterdael*, n° A/1617/0381, p. 14; RvVb (3^e ch.), 24 octobre 2017, *Commune de Herent*, n° A/1718/0167, p. 46.



avec le « bon aménagement du territoire »¹⁵⁰³. Une dérogation au plan d'exécution spatiale pour ériger un pylône de 42 m ne peut être motivée par une affirmation lapidaire que les règles de ce plan peuvent difficilement être appliquées¹⁵⁰⁴. « L'autorité compétente doit révéler les raisons pour lesquelles elle admet que la dérogation est nécessaire (...) qu'il ne suffit pas de constater qu'au regard des mêmes critères, telle autre mesure paraît raisonnablement admissible ou semble meilleure »¹⁵⁰⁵. En outre, quand l'autorité impose des conditions dans un permis, ces conditions doivent être claires et précises¹⁵⁰⁶ et notamment mentionner quand elles doivent être remplies.

329. Limites du pouvoir discrétionnaire de l'autorité qui délivre les permis. Le Conseil d'État a précisé que « pour choisir concrètement entre deux localisations alternatives admissibles au plan environnemental, le Code de l'environnement n'interdit pas de prendre en compte un critère économique; qu'au reste, l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, du CWATUP vise parmi les besoins que les autorités publiques doivent rencontrer de manière durable les besoins économiques »¹⁵⁰⁷ et que « l'appréciation posée, en ce compris celle aboutissant à la conclusion que le projet respecte les lignes de force du paysage, relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration; qu'à cet égard, le Conseil d'État ne peut censurer la qualité d'une appréciation discrétionnaire de l'administration que s'il constate que celle-ci a commis une erreur manifeste; qu'en toute hypothèse, la divergence d'appréciation persistante entre une instance consultée et l'auteur de l'acte attaqué ne suffit pas à établir pareille erreur »¹⁵⁰⁸. Le RvVb a rappelé que l'autorité qui délivre le permis d'urbanisme est lié par l'objet de la demande, tel que balisé par le demandeur du permis. L'examen d'alternatives d'implantation pour les installations en question ne fait pas partie de sa tâche et l'absence de justification pourquoi des implantations alternatives n'ont pas été examinées ne constituent dès lors pas un défaut de motivation¹⁵⁰⁹. L'article 25, § 1, de la LCE demande aux opérateurs de mettre « tout en œuvre pour installer, dans la mesure du possible, ses antennes sur des supports préexistants, tels que toitures de bâtiments, pylônes, façades, sans que cette liste ne soit limitative ». Le RvVb confirme que cette disposition n'impose pas d'obligation de résultat. En outre, la loi impose une obligation au demandeur du permis, pas à l'autorité qui la délivre. Il n'incombe donc pas au RvVb de substituer son jugement à celui de cette autorité dans le cadre de l'appréciation de la manière dont cette autorité a fait usage de son pouvoir discrétionnaire¹⁵¹⁰.

330. Obligation de motivation des permis. La Région n'a pas l'obligation de répondre à chacune des objections soulevées lors de l'enquête publique¹⁵¹¹. Il « faut que les réclamants et, en cas de litige, le juge puissent comprendre, à la lecture de la décision, les motifs pour lesquels les

¹⁵⁰³ RvVb (5^e ch.), 21 juin 2016, *Willems*, n° A/1516/1262, p. 17.

¹⁵⁰⁴ RvVb (3^e ch.), 18 oktober 2016, *Vandebroek*, n° A/1617/0169, p. 19.

¹⁵⁰⁵ C.E. (13^e ch.), 10 janvier 2017, *Glineur*, n° 236.997, pp. 11-12.

¹⁵⁰⁶ RvVb (5^e ch.), 3 mai 2016, n° A/1516/1044, p. 32.

¹⁵⁰⁷ C.E. (13^e ch.), 7 mars 2016, *Ville de Charleroi*, n° 234.050, p. 12.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁰⁹ RvVb (2^e ch.), 29 septembre 2015, *Verbruggen*, n° A/1516/0042, p. 19; RvVb (5^e ch.), 3 mai 2016, *Van Lommel*, n° A/1516/1048, p. 22; RvVb (5^e ch.), 11 avril 2017, *Commune de La Panne*, n° A/1617/0748, p. 13.

¹⁵¹⁰ RvVb (8^e ch.), 15 décembre 2015, n° A/1516/0368, pp. 15-16; RvVb (5^e ch.), 8 novembre 2016, *Wouters, Rosenfeld*, n° A/1617/0248, p. 31.

¹⁵¹¹ RvVb (5^e ch.), 11 avril 2017, précité, p. 14. L'enquête publique n'est valide que si l'affichage de la demande était conforme aux règles prescrites. Ainsi un affichage à 1,2 m de hauteur ne peut être considéré « à hauteur d'yeux », comme requis par l'arrêté du gouvernement flamand du 5 mai 2000 (RvVb (6^e ch.), 20 juin 2017, *Favoreel, Dons*, n° A/1617/0958, p. 15).



objections n'ont pas été suivies »¹⁵¹². En cas de réclamation, il suffit que la décision indique clairement les motifs sur lesquels elle se fonde de façon que le réclamant puisse y trouver, fût-ce implicitement, les raisons du rejet de sa réclamation. Si un réclamant soulève des problèmes potentiels de sécurité routière découlant de l'implantation d'antennes, la décision se doit d'y répondre car « il y a lieu de rappeler que la sécurité routière est un des éléments du bon aménagement des lieux que doit respecter tout projet urbanistique »¹⁵¹³.

2. La mise en place de réseaux : redevances et taxes

331. Compatibilité des taxes sur mâts, pylônes ou antennes avec la directive « autorisation ». La multiplication des taxes sur les mâts, pylônes ou antennes imposées aux opérateurs de communications mobiles par les autorités locales et provinciales a continué de générer un contentieux important, basé sur des griefs multiples. En ce qui concerne le droit européen, l'incompatibilité de ces taxes avec l'article 13 de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation ») a été invoquée. En réponse à une question préjudicielle posée par la cour d'appel de Mons concernant la compatibilité d'une taxe sur les pylônes et les mâts de diffusion de radiotéléphonie mobile, imposée par la ville de Mons, la Cour de justice a néanmoins réaffirmé sa jurisprudence précédente selon laquelle ces dispositions ne s'opposent qu'à des taxes dont le fait générateur de la taxe est lié à la procédure d'autorisation. En l'occurrence, la Cour constate que la taxe est due par « tout propriétaire de pylônes ou de mâts de diffusion, qu'il soit ou non titulaire d'une autorisation octroyée en application de la directive "autorisation", [et que la taxe] n'apparaît pas liée à la procédure d'autorisation générale habilitant les entreprises à fournir des réseaux et des services de communications électroniques ni rattachée à l'autorisation générale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive "autorisation" »¹⁵¹⁴, ce qu'il incombe toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier »¹⁵¹⁵. Une réponse presque identique a été donnée suite à une question préjudicielle du tribunal de première instance de Namur relative à taxe provinciale annuelle sur les pylônes et les unités d'émission et de réception du réseau de téléphonie mobile et dans l'arrêt de la même date concernant la taxe de la commune d'Etterbeek¹⁵¹⁶. La Cour constate que dans ce cas également « la taxe est due par toute personne physique ou morale qui exploite un pylône et/ou une unité d'émission et de réception du réseau de téléphonie mobile, qu'elle soit ou non titulaire d'une autorisation octroyée en application de la directive "autorisation" »¹⁵¹⁷.

¹⁵¹² C.E. (13^e ch.), 4 février 2016, *Troquet*, n° 233.738, p. 15.

¹⁵¹³ C.E. (13^e ch.), 21 avril 2015, *Evilard Alexandre*, n° 230.922, p. 21. Proximus avait entretemps déjà mis l'antenne en question en service et a introduit une demande de régularisation. Le 29 juillet 2016, cette demande a été rejetée par la Région wallonne, mais le Conseil d'État a annulé l'arrêt concerné (C.E. (13^e ch.), 27 octobre 2017, *Société anonyme de droit public Proximus*, n° 239.692).

¹⁵¹⁴ Ceci sera d'autant plus le cas quand la taxe s'applique indistinctement à tous les pylônes, y compris ceux des lignes à haute tension. À cet égard, le Conseil d'État a confirmé la compétence fiscale des communes, même quand l'exercice de celle-ci interfère avec des compétences régionales, comme l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement (C.E. (10^e ch.), 16 juin 2015, *N. V. Elia Asset c. Commune de Kluisbergen*, n° 231.593, p. 8, point 12 et *N. V. Elia Asset c. Commune de Dixmude*, n° 231.593, p. 8, point 12).

¹⁵¹⁵ C.J.U.E., 6 octobre 2015, *Ville de Mons c. Base Company*, aff. C-346/13, EU:C:2015:649, point 23.

¹⁵¹⁶ C.J.U.E., 17 décembre 2015, *Proximus c. Commune d'Etterbeek*, aff. C-454/13, EU:C:2015:819, point 26.

¹⁵¹⁷ C.J.U.E., 17 décembre 2015, *Proximus c. Province de Namur*, aff. C-517/13, EU:C:2015:820, point 33.



332. Égalité de traitement. En 2012, la commune de Silly avait établi une taxe communale sur « les pylônes ou mâts installés sur le territoire communal et affectés à un système global de communication mobile ou à tout autre système d'émission et/ou de réception de signaux de communication ». Cette taxe s'appliquait indistinctement à toute infrastructure de communications électroniques, y compris les émetteurs ou relais de radiodiffusion et de télédiffusion. Le collège provincial du Hainaut refusa cependant d'approuver cette taxe. En appel, le ministre compétent de la Région wallonne rejette ensuite l'appel de la commune contre la décision de la province, notamment parce que la taxe « pourrait entraver la mission de service public des structures publiques de radiodiffusion »¹⁵¹⁸. Le Conseil d'État a cependant considéré cette motivation n'est pas admissible en droit parce qu'il se borne à « constater l'éventualité d'une entrave aux missions de service public de ces organismes, sans qu'il soit d'ailleurs établi qu'une telle installation existe sur le territoire de Silly »¹⁵¹⁹.

333. La taxe régionale wallonne. Face à la multiplication des taxes sur les mâts de diffusion imposées par les communes en Wallonie, la région a par décrets du 11 décembre 2013¹⁵²⁰, du 12 décembre 2014¹⁵²¹ et 17 décembre 2015¹⁵²² institué respectivement pour les années budgétaires 2014, 2015 et 2016 une taxe régionale ayant le même objet que les taxes communales, à la place de ces dernières, prévoyant en parallèle la rétrocession du produit de cette taxe régionale aux communes via une majoration des recettes du Fonds des communes. La Cour constitutionnelle a annulé ces taxes régionales¹⁵²³ – tout en maintenant les effets des dispositions annulées en « raison des difficultés financières et juridiques engendrées par l'annulation de la taxe attaquée ». La Cour constate en effet que le système mis en place par les dispositions attaquées enlève aux communes « la possibilité de lever une taxe sur les mâts, pylônes ou antennes affectés à la réalisation d'une opération mobile de télécommunications par l'opérateur d'un réseau public de télécommunications. En limitant l'autonomie fiscale communale, le législateur décretaal porte atteinte à une compétence réservée au législateur fédéral par l'article 170, § 4, alinéa 2, de la Constitution »¹⁵²⁴.

¹⁵¹⁸ C.E. (15^e ch.), 2 octobre 2015, *Commune de Silly*, n° 232.411, p. 5.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵²⁰ Art. 37 à 44 du décret de la Région wallonne du 11 décembre 2013 contenant le budget des recettes de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2014, *M.B.*, 23 décembre 2013. Ces articles ont été annulés par l'article 4 du décret de la Région wallonne contenant le premier ajustement du budget des recettes de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2017, *M.B.*, 21 septembre 2017.

¹⁵²¹ Art. 144 à 151 du décret-programme de la Région wallonne du 12 décembre 2014 portant des mesures diverses liées au budget en matière de calamité naturelle, de sécurité routière, de travaux publics, d'énergie, de logement, d'environnement, d'aménagement du territoire, de bien-être animal, d'agriculture et de fiscalité, *M.B.*, 29 décembre 2014. Ces articles ont été annulés par C. const., 25 mai 2016, n° 78/2016.

¹⁵²² Art. 39 et 40 du décret de la Région wallonne du 17 décembre 2015 contenant le budget des recettes de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2016, *M.B.*, 30 décembre 2015, et art. de base 36 01 90 de la Division organique 17 du Budget des recettes de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2016 annexé à ce décret, les articles 39 et 40 du décret de 2015 ont été annulés par C. const., 17 novembre 2016, n° 146/2016.

¹⁵²³ Respectivement par arrêts du 16 juillet 2015, n° 105/2015, du 25 mai 2016, n° 78/2016 et du 17 novembre 2016, n° 146/2016, voy. ci-dessus.

¹⁵²⁴ C. const., 16 juillet 2015, n° 105/2015, point B.10.3.



3. Obligations visant à assurer une concurrence effective

a. La procédure concernant la puissance significative sur le marché

334. Procédure d'analyse de marché. En vertu de l'article 55, § 1^{er}, a), de la LCE, dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente décision de l'IBPT concernant un marché susceptible de réglementation *ex ante*, l'IBPT effectue une nouvelle analyse de marché, afin de déterminer si celui-ci est devenu effectivement concurrentiel. Ce délai de trois ans peut toutefois, à titre exceptionnel, être prolongé jusqu'à trois ans supplémentaires lorsque l'IBPT a notifié à la Commission européenne une proposition motivée de prolongation et que celle-ci n'y a pas opposé d'objection dans le mois suivant cette notification. La LCE ne fixe néanmoins pas de sanction au non-respect de ce délai de trois ans, prévu également dans la directive «cadre». Compte tenu de la nature d'une directive – fixer un objectif à atteindre en laissant les États membres déterminer les moyens et procédures pour y arriver – et du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, la directive «cadre» ne prévoit pas de sanction au non-respect du délai de trois ans. En cas de non-respect récurrent, la Commission peut ouvrir une procédure d'infraction¹⁵²⁵ contre l'État membre concerné conformément à l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). De telles procédures d'infraction sont dirigées contre l'État membre – en Belgique, le gouvernement fédéral. Or, l'IBPT est politiquement indépendante du gouvernement et ne peut, selon l'article 3, paragraphe 3*bis*, de la directive «cadre» accepter «d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire». Seuls les organismes de recours – en Belgique, la cour d'appel de Bruxelles/cour des marchés – peuvent suspendre ou infirmer les décisions de l'ARN qui seraient contraires au droit national transposant le droit de l'Union, y compris l'obligation d'analyse triennale des marchés réglementés *ex ante*. La cour n'a pas de pouvoir d'injonction à l'IBPT mais applique, dans le cadre de son pouvoir d'annulation, au cas par cas des sanctions quand l'ARN impose des obligations sur la base d'analyses de marché désuètes¹⁵²⁶ et a invoqué le dépassement de délai comme motif d'annulation¹⁵²⁷.

335. La définition du marché pertinent. Conformément à l'article 15.3 de la directive «cadre» et à l'article 54 de la LCE, il appartient à l'ARN de définir les marchés correspondant aux circons-

¹⁵²⁵ À plusieurs reprises, la Commission a entamé de telles procédures en cas de retards systématiques d'analyses de marché. Mais jusqu'à présent, la Commission s'est chaque fois désistée de ses recours à la Cour de justice, l'État membre ayant entretemps effectué les analyses de marchés concernées. À cet égard, voy. par exemple C.J.U.E. (ord.), 14 avril 2015, *Commission européenne c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-536/14, EU:C:2015:246. Une procédure en infraction contre la Belgique pour non-respect des délais des analyses de marché est en cours au moment de la clôture de rédaction (1^{er} août 2018) : voy. COMMISSION EUROPÉENNE, fiche d'information, Procédures d'infraction du mois d'octobre : principales décisions, MEMO/17/3494, 4.10.2017, p. 1, numéro d'infraction 2017/2134.

¹⁵²⁶ «Il n'appartient pas, bien sûr, à l'[ARN] de déterminer elle-même les limites et sanctions des règles juridiques. Le contrôle de légalité effectué par la cour vise à s'assurer que les règles sont suivies. Le fait que la directive "cadre" ne détermine pas une sanction spécifique de nullité pour le cas où il n'y a aucune nouvelle analyse de marché effectuée dans un délai de trois ans, n'empêche pas la cour, au cas par cas, de juger de la sanction pour le non-respect des règles précitées [...] Les mesures tarifaires prises en dehors de la période de trois ans après qu'une analyse de marché ait été effectuée ne sont plus supportées par des éléments ressortant d'une analyse de marché désuète» (Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, nos 2017/8213, AR/329, 401, 422, 424, 464, 651, 740, 747, 749 et 752, p. 52). Un raisonnement identique est repris dans les arrêts concernant la Région de langue néerlandaise, la Région bilingue de Bruxelles-Capitale ainsi que la Région de langue allemande.

¹⁵²⁷ *Ibid.*



tances nationales, et donc de déterminer si elle prend en considération les marchés tels que répertoriés par la Commission, ou si elle les segmente, ainsi que de déterminer son étendue géographique par rapport au territoire belge. La cour d'appel a confirmé la marge discrétionnaire dont jouit le régulateur dans ce cadre. Ainsi, « [d]ans la mesure où le test SSNIP ne constitue qu'un des éléments pouvant étayer l'interchangeabilité de produits, l'absence de son application n'exclut pas que la motivation soit sur ce point convaincante »¹⁵²⁸. « [R]ien dans la réglementation applicable n'interdisait à l'IBPT de conclure à une substituabilité des segments terminaux des lignes loués des différents débits – et dès lors à une absence de segmentation du marché défini par la Commission dans la Recommandation 2007 – sur la base d'une substituabilité du côté de l'offre, après avoir constaté que la substituabilité n'était pas établie à suffisance du côté de la demande (...) Rien dans la réglementation applicable ne permet dès lors d'établir qu'en se prononçant de la sorte, l'IBPT n'aurait pas adéquatement motivé sa décision de ne pas segmenter le marché, aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, ou encore un manquement à son devoir de prudence. En se prononçant en ce sens, l'IBPT est restée dans les limites de la large marge d'appréciation qui lui est reconnue lorsqu'il définit un marché conformément aux articles 54 et 55 LCE »¹⁵²⁹. La cour d'appel a, en outre, souligné « qu'en vue de l'application par la cour du critère de l'erreur manifeste d'appréciation, [le requérant doit] rendre plausible l'hypothèse que, si un point concret dont il n'aurait pas été suffisamment tenu compte, eut été d'avantage pris en considération, l'analyse aurait alors subi des conséquences »¹⁵³⁰.

336. Consultation publique préalable à l'imposition de mesures. En vertu de l'article 6 de la directive « cadre », les projets de décision doivent être soumis à consultation de toutes les parties intéressées et leurs observations doivent être prises en considération avant l'adoption d'une décision définitive. L'article 7 prévoit que la notification du projet à la Commission européenne intervient après la clôture de la consultation publique et qu'une fois cette notification intervenue, une nouvelle consultation publique doit uniquement être organisée si la Commission a exigé que le projet original soit rétracté et qu'un projet modifié de décision est proposé. Le projet qui aura tenu compte des observations de la Commission devient « le projet de mesure final » et peut être adopté par l'autorité de régulation sans autre formalité. « Il s'ensuit que les autorités de régulation n'ont pas le devoir d'entendre des parties concernées au sujet des conclusions qu'elles tirent de la consultation publique et il suffit pour s'en convaincre de constater que la même question se poserait au sujet des observations qui seraient formulées à l'occasion de chaque tour de consultation suivant »¹⁵³¹. La LCE ne prescrit pas « qu'une modification d'un projet de décision, décidée pour tenir compte des observations formulées par des parties intéressées ou émanant de la Commission européenne soit soumise à une consultation publique subséquente »¹⁵³². Les consultations de la Commission et de l'autorité nationale de la concurrence sont des formes substantielles dont la violation entraîne la nullité de la décision concernée¹⁵³³. La circonstance qu'une décision a été annulée par la cour d'appel n'absout pas le régulateur de consulter la Commission sur un projet

¹⁵²⁸ Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, nos 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, point 106.

¹⁵²⁹ Bruxelles (cour des marchés, 19^e ch. A), 7 juin 2017, n° 2013/AR/2233, p. 44.

¹⁵³⁰ Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, nos 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, point 108.

¹⁵³¹ *Ibid.*, point 95.

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ Bruxelles (18^e ch.), 29 juillet 2016, nos 2016/5744, 2015/AR/196, point 42.



de décision de réfection qui vise à remédier pour le passé aux effets de l'annulation, compte tenu du fait que la nouvelle décision aura également des effets dans le futur¹⁵³⁴.

337. Étendue de l'obligation de consulter la Commission européenne. La directive « cadre » prévoit que les ARN doivent notifier préalablement à la Commission certains projets de mesures et que les ARN doivent tenir le plus grand compte des recommandations de la Commission. Compte tenu de l'objectif visé par la directive – la réalisation du marché intérieur –, toutes mesures envisagées par une ARN susceptibles d'avoir une incidence sur les échanges doivent être notifiées préalablement à la Commission, y compris les mesures prises par une ARN dans l'exercice de sa compétence de résolution de litiges entre opérateurs¹⁵³⁵, bien que la directive « cadre » ne le prévoit pas spécifiquement. Mais la Cour a précisé que « l'obligation de mettre en œuvre la procédure prévue à cet article dépend non pas de la nature de la procédure dans le cadre de laquelle l'ARN a l'intention de prendre la mesure en cause, mais de l'objet même de cette mesure et des incidences qu'elle est susceptible d'avoir sur les échanges entre les États membres »¹⁵³⁶. La Cour constate tout d'abord qu'en vertu de l'article 5, second alinéa, de la directive « accès », la Commission doit être consultée si l'obligation envisagée pour résoudre le litige relève des obligations que l'ARN peut imposer en vertu dudit article 5 pour assurer un accès et une interconnexion adéquats ainsi que l'interopérabilité des services¹⁵³⁷. « Il s'ensuit qu'un projet portant sur une mesure telle que celle en cause au principal doit être soumis à la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 3, de la directive-cadre si cette mesure est susceptible d'avoir des incidences sur les échanges entre les États membres »¹⁵³⁸. La Cour rappelle ensuite que « dans le domaine des communications électroniques, le considérant 38 de la directive-cadre indique que les mesures pouvant avoir une incidence sur les échanges entre les États membres englobent les mesures ayant une incidence notable sur les opérateurs ou les utilisateurs d'autres États membres, c'est-à-dire, entre autres, les mesures touchant les prix à la consommation dans d'autres États membres, les mesures portant atteinte à la capacité d'une entreprise établie dans un autre État membre de fournir un service de communication électronique, en particulier les mesures portant atteinte à la capacité d'offrir des services transnationaux, et enfin les mesures portant atteinte aux structures du marché ou à l'accès au marché et ayant des répercussions pour les entreprises d'autres États membres »¹⁵³⁹ et qu'il incombe « à la juridiction de renvoi de vérifier si la mesure en cause au principal est susceptible d'affecter, autrement que d'une manière insignifiante, les échanges entre les États membres en exerçant une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre ces États. À cette fin, il lui appartient de tenir compte, notamment, de la nature de cette mesure et des services en cause ainsi que de la position et de l'importance des entreprises concernées sur le marché »¹⁵⁴⁰. Dans ce contexte, la directive « cadre » ne distingue pas entre mesures qui seraient dites « de base », « fondamentales » ou « de réglementation », et mesures « d'exécution » de ces premières. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale a imposé des obligations régle-

¹⁵³⁴ *Ibid.*, point 41.

¹⁵³⁵ C.J.U.E., 16 avril 2015, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et Telefonia Dialog c. T-Mobile Polska*, aff. C-3/14, EU:C:2015:232, points 33 à 46.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, point 34.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, point 41.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, point 42.

¹⁵³⁹ *Ibid.*, point 56.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, point 58.



mentaires à un opérateur qui a été désigné comme disposant d'une puissance significative sur le marché et a soumis à autorisation les tarifs de ses services à l'issue de la procédure de consultation de l'article 7, paragraphe 3, susmentionnée, cette ARN est de nouveau tenue de mettre en œuvre cette procédure avant la délivrance, à cet opérateur, de chaque nouvelle autorisation de ses tarifs¹⁵⁴¹.

338. Obligation de tenir compte des observations de la Commission européenne. En vertu de l'article 7, paragraphe 7, de la directive « cadre », les ARN tiennent « le plus grand compte des observations formulées par (...) la Commission ». Cette obligation est transposée par l'article 141, § 2, LCE qui dispose que l'IBPT « tient compte le plus possible des observations qui lui sont adressées dans le mois de la notification du projet de décision par la Commission européenne ». La cour d'appel assimile de telles observations à un « avis non contraignant qui laisse à l'autorité administrative la faculté de ne pas suivre l'avis sous condition de motiver davantage. Le contrôle du respect de l'obligation de motiver sera plus sévère »¹⁵⁴². « Au cas où des observations sont formulées par la Commission européenne, dans le cadre d'un avis non contraignant, l'autorité administrative est obligée de fournir, dans la décision définitive, une réponse motivée et concrète quant à ces observations. L'administration qui méconnaît ces obligations ne manque pas seulement à son obligation de prudence mais également à l'obligation de motivation formelle (articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs) »¹⁵⁴³. En même temps, le fait que la Commission européenne ne critique pas certaines mesures ne décharge pas l'ARN de son obligation de motiver l'imposition de ces mesures, car la Commission « n'a pas pu porter de jugement sur la motivation extensive, qu'elle n'a par ailleurs pas sollicitée »¹⁵⁴⁴.

b. Les obligations réglementaires imposées aux entreprises puissantes

339. Proportionnalité des remèdes imposés. « Aucun prescrit du cadre réglementaire n'impose une analyse des coûts et avantages au sens technique d'une méthode d'évaluation financière en tant que condition préalable à toute mesure correctrice décidée dans le cadre d'une analyse de marché. La justification n'implique donc pas nécessairement une prise en compte mathématique des coûts et avantages, mais repose essentiellement sur le principe de finalité. Dès lors le caractère proportionnel des remèdes ne doit pas se mesurer en fonction de la taille de l'entreprise, mais à l'aune du but poursuivi »¹⁵⁴⁵. En revanche, l'imposition d'une nouvelle obligation, « sans qu'ait été identifié un problème spécifique auquel cette mesure entendait apporter une solution proportionnée, ni qu'il ait existé une demande en ce sens, relève d'une erreur manifeste d'appréciation par l'IBPT. Il n'appartient en effet pas à l'autorité réglementaire de prévoir, au sein d'un marché réglementé, des obligations nouvelles, si celles-ci ne répondent pas à une demande ou à un problème identifié »¹⁵⁴⁶. L'article 8, § 3, de la directive « accès » prévoit que des obligations tarifaires doivent être imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché. Mais lorsque « proportionnées et nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi,

¹⁵⁴¹ C.J.U.E., 14 janvier 2016, *Vodafone c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-395/14, EU:C:2016:9.

¹⁵⁴² Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n° 2017/8293, p. 33.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵⁴⁴ Bruxelles (18^e ch.), 13 mai 2015, nos 2011/AR/2261, 2263 à 2266, 2375, 2377, 2423 et 2424, point 246.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, point 178.

¹⁵⁴⁶ Bruxelles (cour des marchés, 19^e ch. A), 7 juin 2017, n° 2013/AR/2233, point 94.



à savoir que les utilisateurs finals aient un accès aux services utilisant des numéros non géographiques», de telles mesures peuvent être «aussi imposées aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals dans le cadre de l'article 28 de la directive "service universel"»¹⁵⁴⁷.

340. Non-prise en compte des investissements dans les réseaux à haut débit comme circonstance atténuante. Le cadre réglementaire européen des communications électroniques entend promouvoir les investissements dans les réseaux à haut débit. Ainsi l'article 8, § 5, d), de la directive «cadre» prévoit que les ARN promeuvent «des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées». Cette question a aussi été soulevée dans une affaire en droit de la concurrence portée devant le Tribunal de l'Union européenne. Orange Polska, à qui on reprochait un abus de position dominante, voulait voir ses investissements dans les lignes fixes à haut débit qui auraient profité aux opérateurs alternatifs et aux utilisateurs finaux, pris en compte à titre de circonstance atténuante dans le cadre du calcul de l'amende. Le Tribunal a rejeté cette demande. En effet, le Tribunal a considéré que les engagements d'investissements d'Orange Polska (anciennement Telekomunikacja Polska – TP) qui étaient fixés dans un accord avec le régulateur polonais ne constituaient pas des mesures réparatrices en faveur des opérateurs alternatifs. En particulier, dans la mesure où les investissements [...] visaient à créer des connexions nouvelles, les utilisateurs finaux et les OA qui ont subi les effets des pratiques anticoncurrentielles de TP n'ont pas pu bénéficier de ces investissements»¹⁵⁴⁸. De plus, ces investissements visaient à éviter la séparation fonctionnelle prise en considération par le régulateur polonais «afin de mettre un terme aux violations continues et répétées du cadre réglementaire par TP», ce qui «affaiblit ainsi le caractère volontaire des engagements»¹⁵⁴⁹. «Troisièmement, les investissements, même élevés et effectués dans des zones peu attractives du point de vue commercial, constituent un élément normal de la vie des affaires et sont effectués dans la perspective d'un rendement» et partant, «ces investissements bénéficiaient, tout d'abord, à TP elle-même»¹⁵⁵⁰. Enfin, «l'amélioration de la situation sur le marché concerné résultant du changement de comportement de TP qui a suivi la signature de l'accord»¹⁵⁵¹ avec le régulateur polonais a aussi été prise en compte. En effet, la date de la signature de l'accord a été considérée comme date de la fin de l'infraction.

4. Obligations visant à garantir la fourniture d'un service universel¹⁵⁵²

341. Appels vers les numéros dits «non géographiques». La LCE définit les composantes du service universel en Belgique. La composante fixe consiste, selon son article 70, en la fourniture sur

¹⁵⁴⁷ S. DEPRÉ, E. DE LOPHEM, Ph. VERNET, T. WOUTERS, M. LAMBERT DE ROUVROIT et C. PIETQUIN, «Chroniques – Marchés libéralisés – Année 2016», *op. cit.*, p. 121.

¹⁵⁴⁸ Trib., 17 décembre 2015, *Orange Polska c. Commission européenne*, aff. T-486/11, EU:T:2015:1002, point 200. L'arrêt du Tribunal vient d'être confirmé par la Cour: voy. C.J.U.E., 25 juillet 2018, *Orange Polska c. Commission européenne*, aff. C-123/16 P, EU:C:2018:590, points 114-119.

¹⁵⁴⁹ Trib., 17 décembre 2015, *Orange Polska c. Commission européenne*, aff. T-486/11, EU:T:2015:1002, point 202.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, point 203.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, point 207.

¹⁵⁵² Pour une chronique de la jurisprudence en matière de service universel et de services obligatoires additionnels, voy. E. SLAUTSKY, «Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale: quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union», *Cahiers de droit européen*, 2016/3, pp. 881-894.



l'ensemble du territoire, à toute personne qui en fait la demande raisonnable, indépendamment de sa position géographique du service téléphonique public de base en position déterminée et d'un raccordement à un réseau de communication public en position déterminée permettant aux utilisateurs finals notamment « a) de donner et recevoir des appels téléphoniques locaux, nationaux et internationaux ». La loi ne mentionne pas les appels vers les numéros non géographiques. Les numéros dits « non géographiques » permettent d'accéder au marché des services dits « spéciaux » tels que les numéros « libre appel » gratuits pour l'appelant ou les numéros à taux majorés. L'article 28 de la directive « service universel » dispose que « les États membres veillent à ce que les utilisateurs finals des autres États membres soient en mesure d'accéder aux numéros non géographiques sur leur territoire, lorsque cela est techniquement et économiquement réalisable, sauf lorsqu'un abonné appelé a choisi, pour des raisons commerciales, de limiter l'accès à des appelants situés dans certaines zones géographiques ». La directive ne contraint donc pas les prestataires de services ayant recours à ce type de numéros à être joignables en dehors du territoire national. Un abonné appelé peut préférer, pour des raisons commerciales, limiter l'accès à des appelants situés dans certaines zones géographiques. Hormis ce cas spécifique, l'article 51, § 4, de la LCE, qui transpose l'article 28 de la « directive service universel », permet à l'IBPT d'imposer « de sa propre initiative » des obligations aux opérateurs de manière à rendre accessibles aux utilisateurs finals les services utilisant des numéros non géographiques au sein de l'Union européenne. La Cour de justice a confirmé que l'article 28 de la « directive service universel » permet à l'ARN d'imposer à tout opérateur de modifier ses tarifs de gros « pour mettre fin à une entrave à l'appel de numéros non géographiques dans l'Union européenne qui résulte des tarifs pratiqués, sans qu'il ait été procédé à une analyse du marché faisant apparaître que l'entreprise à qui cette obligation est imposée dispose d'une puissance significative sur le marché, si une telle obligation doit cependant être une mesure nécessaire et proportionnée pour faire en sorte que les utilisateurs finals puissent avoir accès aux services utilisant des numéros non géographiques dans l'Union »¹⁵⁵³. Par ailleurs, l'ARN peut également imposer des obligations concernant l'accès à des numéros non géographiques dans leur pays par les abonnés des opérateurs du même pays. Ainsi, la Cour de justice a précisé qu'un État membre peut prévoir que tout opérateur de réseau public de communications électroniques « doit veiller à ce que l'accès aux numéros non géographiques soit assuré à tous les utilisateurs finals de son réseau dans cet État »¹⁵⁵⁴.

342. Obligation de fournir l'accès aux opérateurs établis dans d'autres États membres.

En vertu de l'article 46, §§ 1^{er} et 2, de la LCE, les personnes souhaitant fournir un service de renseignements sont tenues d'en faire la déclaration auprès de l'IBPT tandis que les personnes qui offrent des services téléphoniques publics à des abonnés mettent, dans des conditions techniques, financières et commerciales équitables, raisonnables et non discriminatoires, les données relatives à leurs abonnés à la disposition des personnes qui ont effectué une telle déclaration à l'IBPT. Cette disposition semble toutefois ne transposer que partiellement l'article 25, paragraphe 2, de la directive « service universel ». Selon la Cour de justice, cet article doit en effet « être interprété en ce sens que la notion de "demandes", figurant à cet article, comprend également la demande faite par une entreprise, établie dans un État membre autre que celui dans lequel les

¹⁵⁵³ C.J.U.E., 17 septembre 2015, *KPN c. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, aff. C-85/14, EU:C:2015:610, dispositif n° 1 et point 49, *err. C.J.U.E. (ord.)*, 6 octobre 2015, *KPN c. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, aff. C-85/14, EU:C:2015:668.

¹⁵⁵⁴ C.J.U.E., 14 avril 2016, *Polkomtel c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, aff. C-397/14, EU:C:2016:256, point 35.



entreprises qui attribuent des numéros de téléphone à des abonnés sont établies, qui sollicitent les informations pertinentes dont disposent ces entreprises aux fins de la fourniture de services de renseignements téléphoniques accessibles au public et d'annuaire dans cet État membre et/ou dans d'autres États membres»¹⁵⁵⁵. Le législateur belge devrait dès lors également imposer aux personnes qui offrent des services téléphoniques publics à des abonnés en Belgique, une obligation de mettre les données relatives à leurs abonnés à la disposition des personnes qui offrent des services de renseignements téléphoniques et d'annuaire accessibles depuis le territoire d'autres États membres, et par conséquent non soumis à obligation de déclaration auprès de l'IBPT.

343. Offre de tarifs sociaux. La deuxième composante du service universel définie par la LCE est la composante sociale du service universel, définie¹⁵⁵⁶ comme la fourniture des services de téléphonie fixe et mobile et d'internet à des conditions tarifaires particulières à certaines catégories de bénéficiaires. Tout opérateur offrant de tels services dont le chiffre d'affaires est supérieur à cinquante millions d'euros est obligé d'offrir un tel tarif social. Les opérateurs avec un chiffre d'affaires inférieur ne sont pas obligés mais peuvent l'offrir. S'ils ne le font pas, leurs abonnés qui répondraient aux critères pour bénéficier des conditions tarifaires particulières sont transférés à des opérateurs fournissant la composante sociale du service universel dans des conditions qui devaient être déterminées par arrêté royal. Cette obligation de fournir un tarif social concerne, comme le fait remarquer E. Slautsky¹⁵⁵⁷, des services qui n'étaient pas concernés jusque-là, à savoir la téléphonie mobile et les abonnements à l'internet, services qui ne figurent pas parmi le service universel harmonisé pour l'ensemble de l'Union européenne par la directive «service universel».

344. Calcul du coût net de l'obligation de service universel. Lorsque le ou les entreprises désignées à cette fin doivent fournir le service universel à des conditions différentes de celle du marché, ceci entraîne un coût pour le ou les prestataires qui en ont la charge. Pour cette raison, l'article 12 de la directive «service universel» prévoit que lorsque les ARN estiment que la fourniture du service universel représente une charge injustifiée pour son ou ses prestataires, l'ARN calcule le coût net de l'obligation de service universel. Le calcul de ce coût net a fait l'objet de multiples questions préjudicielles à la Cour de justice. Ainsi, la Cour a, par un arrêt du 21 décembre 2016, précisé qu'il ressort de ces dispositions que «le coût net de la fourniture du service universel correspond à la différence entre le coût net supporté par une entreprise désignée lorsqu'elle fournit un service universel et lorsqu'elle n'en fournit pas» et ne «peut pas être calculé comme résultant de la différence entre l'ensemble des recettes et l'ensemble des coûts liés à ladite fourniture, y compris les recettes et les coûts que l'entreprise aurait également enregistrés si elle n'avait pas été opérateur de service universel»¹⁵⁵⁸. En revanche, la Cour a précisé que la directive «service universel» ne s'oppose pas «à ce que le coût net de l'obligation de service universel comprenne

¹⁵⁵⁵ C.J.U.E., 15 mars 2017, *Tele2 (Netherlands), Ziggo et Vodafone Libertel c. Autoriteit Consument en Markt (ACM)*, aff. C-536/15, EU:C:2017:214, point 30.

¹⁵⁵⁶ Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (*M.B.*, 25 juillet 2012) qui remplace notamment les articles 74 et 74/1 de la LCE.

¹⁵⁵⁷ «On peut néanmoins imaginer qu'il est motivé par son souhait d'éviter que l'État belge doive éventuellement lui-même assumer, par le biais d'une subvention, le coût lié à la fourniture de ces obligations additionnelles» (E. SLAUTSKY, «Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale: quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union», *op. cit.*, p. 897).

¹⁵⁵⁸ C.J.U.E., 21 décembre 2016, *TDC c. Teleklagenævnet et Erhvervs- og Vækstministeriet*, aff. C-327/15, EU:C:2016:974, points 70 et 71.



le "bénéfice raisonnable" du fournisseur de ce service constitué par le taux de rendement des fonds propres qu'exigerait une entreprise comparable au fournisseur du service universel considérant l'opportunité de fournir le service d'intérêt économique général pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque»¹⁵⁵⁹.

345. Obligation de financement de charges injustifiées. L'article 13 de la directive «service universel» prévoit que les États membres peuvent décider «de répartir le coût net des obligations de service universel entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques». La LCE fait usage de cette possibilité. En vertu de l'article 74/1, § 4, alinéa 3, de la LCE, les contributions visant à indemniser l'entreprise ou les entreprises pour lesquelles l'octroi de tarifs sociaux aux utilisateurs finals constitue une «charge injustifiée», dues par les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques, «sont établies au prorata de leur chiffre d'affaires portant sur les services de communications électroniques accessibles au public». Ces contributions sont versées à un fonds. Toutefois, seuls les opérateurs dont la charge en matière de tarifs sociaux aura été estimée par l'Institut comme injustifiée, pourront avoir droit au remboursement du fonds. Les opérateurs mobiles Orange et Base avaient contesté la mise en œuvre de la composante sociale devant la Cour constitutionnelle. Ils contestaient l'obligation de devoir contribuer au financement du coût net qui découle de la fourniture de services mobiles et d'abonnements internet en tant qu'éléments de la composante sociale du service universel – ce qui s'assimile, selon ces opérateurs, à un impôt – alors qu'ils estimaient cette obligation contraire à la directive «service universel». Les parties requérantes s'estiment ainsi discriminées par rapport aux contribuables qui ne sont pas soumis à des impôts contraires au droit de l'Union. Compte tenu de cette argumentation, la Cour a, par arrêt interlocutoire¹⁵⁶⁰, posé des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, et notamment si la directive «service universel» doit être interprétée en ce sens que le tarif social pour les services universels ainsi que le mécanisme de compensation prévu à l'article 13, paragraphe 1, point b), de la directive «service universel» sont applicables non seulement aux communications électroniques au moyen d'une connexion (téléphonique) en position déterminée à un réseau de communications public mais aussi aux communications électroniques au moyen de services de communications mobiles et/ou d'abonnements internet?

346. Champ de l'obligation de financement du service universel. En réponse à cette question préjudicielle, la Cour de justice¹⁵⁶¹ a confirmé que le mécanisme de financement prévu par la directive «service universel» s'applique aux services d'abonnements internet nécessitant un raccordement à internet en position déterminée, mais non pas aux services de communications mobiles, y compris des services d'abonnements Internet fournis au moyen desdits services de communications mobiles. La directive permet de rendre ces derniers services accessibles au public en tant que services obligatoires additionnels, mais le financement du coût net de leur fourniture ne peut être assuré, en droit national, par un mécanisme impliquant la participation

¹⁵⁵⁹ C.J.U.E., 6 octobre 2015, *Český telekomunikační úřad c. T-Mobile Czech Republic et Vodafone Czech Republic*, aff. C-508/14, EU:C:2015:657, point 38.

¹⁵⁶⁰ C. const., 19 décembre 2013, n° 172/2013.

¹⁵⁶¹ C.J.U.E., 11 juin 2015, *Base Company et Mobistar c. Ministerraad*, aff. C-1/14, EU:C:2015:378, points 37 à 43. Voy. C. HOCEPIED, «Arrêt "Base et Mobistar": le service universel et l'internet mobile», *J.D.E.*, 2015, pp. 328-329.



d'entreprises spécifiques. La Cour constitutionnelle a dès lors annulé¹⁵⁶² le régime de compensation de la LCE en ce qu'il inclut les opérateurs offrant un service de communications électroniques accessible au public pour leurs services de communications mobiles et d'abonnements internet mobile.

347. Financement des activités obligatoires additionnelles par d'autres mécanismes que le fonds sectoriel. Les restrictions prévues par la directive « service universel » aux contributions des entreprises du secteur au mécanisme de financement du service universel n'empêchent néanmoins pas les autorités nationales de financer le déploiement de réseaux à haut débit par d'autres mécanismes. Ainsi le département français de Hauts-de-Seine avait organisé un appel à candidatures pour l'octroi d'une concession avec subvention pour couvrir les coûts y afférents. Le titulaire de la concession se rémunère sur toute sa durée en exploitant l'infrastructure construite. Cette durée est calculée en prenant en compte la durée d'amortissement des ouvrages à construire, ce qui coûte moins cher à la collectivité qu'un marché public. Les opérateurs concurrents avaient attaqué la décision¹⁵⁶³ de la Commission autorisant le financement public, comme compatible avec les règles en matière d'aides d'État. Le tribunal de première instance avait néanmoins rejeté ces recours¹⁵⁶⁴. Les opérateurs avaient alors attaqué l'arrêt du tribunal à la Cour. Mais par ordonnances du 11 février 2015 la Cour a rejeté les pourvois¹⁵⁶⁵.

5. Obligations visant à assurer la protection des utilisateurs finals

348. Le Code d'éthique pour les télécommunications. L'article 8 de la LCE demande à l'IBPT de veiller aux intérêts des utilisateurs notamment « 2° en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs ». Dans la section 3 de la LCE, sous le titre « Protection des utilisateurs finals en ce qui concerne l'utilisation de certains numéros spéciaux », l'article 134 instaure « la Commission d'éthique pour les télécommunications », dont l'IBPT assure le secrétariat. Sur la base de l'article 134, § 2, alinéa 1^{er}, LCE, un « Code d'éthique pour les télécommunications » a été établi par arrêté royal sur proposition de la Commission d'éthique¹⁵⁶⁶. Il régit la fourniture de services payants via des réseaux de communications électroniques. La Commission d'éthique pour les télécommunications peut sanctionner les personnes qui fournissent des services payants¹⁵⁶⁷ via des réseaux de communications électroniques en cas d'infraction audit Code d'éthique. La sanction consiste en principe en une amende administrative. Une infraction grave ou répétée peut également donner lieu à une suspension ou à une cessation du service concerné ou à une interdiction de fournir de nouveaux services¹⁵⁶⁸. Par rapport

¹⁵⁶² C. const., 3 février 2016, n° 15/2016, points B.11 et B.12.

¹⁵⁶³ Décision C(2009)7426 final de la Commission, du 30 septembre 2009, relative à la compensation de charges de service public pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le département des Hauts-de-Seine (aide d'État N. 331/2008 – France).

¹⁵⁶⁴ Trib., 16 septembre 2013, *Orange c. Commission et Iliad e.a. c. Commission européenne*, aff. T-258/10 et T-325/10, EU:T:2013:471 et EU:T:2013:472.

¹⁵⁶⁵ C.J.U.E. (ord.), 11 février 2015, *Orange. c. Commission européenne et Iliad, Free infrastructure et Free c. Commission européenne*, aff. C-621/13 P et C-624/13 P, EU:C:2015:114 et EU:C:2015:112.

¹⁵⁶⁶ Arrêté royal du 9 février 2001 établissant le Code d'éthique pour les télécommunications, *M.B.*, 21 juin 2011.

¹⁵⁶⁷ C'est-à-dire des services pour lesquels « il est autorisé de facturer à l'appelant ou au destinataire du service, en plus du prix de la communication, également une indemnité pour le contenu » (art. 134, § 2, al. 2, LCE).

¹⁵⁶⁸ Art. 134, § 3, LCE.



au critère d'application du régime, à savoir celui des « services payants », la Cour constitutionnelle a considéré que « la distinction en cause entre les personnes, selon qu'elles fournissent des services payants ou des services non payants via des réseaux de communications électroniques, repose sur un critère objectif, à savoir l'existence ou non d'une obligation de paiement dans le chef du consommateur final en échange du contenu du service fourni. Ce critère de distinction n'est toutefois pas pertinent à la lumière des objectifs poursuivis¹⁵⁶⁹ par la disposition en cause. Tant la protection du consommateur que la sécurité routière et la lutte contre le non-respect de la loi doivent en effet être visées indépendamment du caractère payant ou non du service offert via un réseau de communications électroniques »¹⁵⁷⁰. La Cour note, en effet, que les « fournisseurs de services non payants via des réseaux de communications électroniques sont généralement aussi des entreprises commerciales, mais ils ne retirent pas leurs revenus de paiements effectués par les consommateurs finaux, mais de messages publicitaires. La disposition en cause n'est pas applicable à cette dernière catégorie de personnes »¹⁵⁷¹. En conséquence, la Cour a dit pour droit que l'article 134, § 2, de la LCE n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution¹⁵⁷². Afin de permettre au législateur de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée, l'arrêt maintient néanmoins les effets de cette disposition jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions modificatives requises et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2018¹⁵⁷³.

349. Clauses contractuelles obligatoires. L'article 20 de la directive « service universel » énumère une liste non exhaustive des clauses contractuelles que doit contenir tout contrat conclu entre un abonné et un opérateur, ayant pour objet la fourniture d'un raccordement au réseau public de communications électroniques ou la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public. Cette liste est reprise dans l'article 108, § 1^{er}, de la LCE. La Cour de justice a rappelé que la liste de l'article 20 de la directive « service universel » constitue une harmonisation minimale et que les États membres peuvent imposer des mentions additionnelles : « Il résulte ainsi du libellé de cet article 20 que ce dernier ne s'oppose pas à ce qu'une réglementation nationale prévoie que les contrats d'abonnement à des services de téléphonie mobile doivent contenir, outre les éléments imposés par la directive 2002/22, d'autres éléments tels que le type d'équipement terminal en cause et l'homologation dont il a fait l'objet »¹⁵⁷⁴.

350. Droit de résiliation. En vertu de la directive « service universel », les abonnés ont le droit de résilier leur contrat sans pénalité en cas de modification de clauses de leur contrat. L'article 108, § 2, de la LCE transpose cette disposition dans les termes suivants : en cas d'augmentation tarifaire, l'abonné a le droit de résilier le contrat sans pénalité au plus tard le dernier jour du mois qui suit la réception de la première facture après l'entrée en vigueur des modifications, sauf lorsque le contrat (...) prévoit une augmentation liée à l'indice des prix à la consommation ». La Cour de justice a, en réponse à une question préjudicielle concernant l'Autriche, confirmé la conformité

¹⁵⁶⁹ À cet égard, voy. aussi art. 7 de l'arrêté royal du 9 février 2001 établissant le Code d'éthique pour les télécommunications, précité.

¹⁵⁷⁰ C. const., 13 juillet 2017, n° 93/2017, points B.6.1 et B.6.2, al. 1.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, point B.4.

¹⁵⁷² *Ibid.*, point B.6.2, al. 2, et dispositif.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, point B.8.2 et dispositif.

¹⁵⁷⁴ C.J.U.E., 17 septembre 2015, *Fratelli De Pra et SAIV c. Agenzia Entrate – Direzione Provinciale Ufficio Controlli Belluno et Agenzia Entrate – Direzione Provinciale Ufficio Controlli Vicenza*, aff. C-416/14, EU:C:2015:617, point 50.



avec la directive de l'exception prévue par la LCE en cas d'indexation des redevances : « une modification des tarifs d'une prestation de services relatifs aux réseaux ou de services de communications électroniques, qui a lieu en application d'une clause d'adaptation tarifaire contenue dans les conditions générales de vente appliquées par une entreprise fournissant ces services, cette clause prévoyant qu'une telle adaptation est fonction d'un indice objectif des prix à la consommation établi par une institution publique, ne constitue pas une "modification apportée aux conditions contractuelles" (...) qui confère à l'abonné le droit de dénoncer son contrat sans pénalité »¹⁵⁷⁵.

D. Étendue des services communications électroniques

351. Un concept évolutif. Les définitions des réseaux et services de communications électroniques sont basés sur des concepts techniques. Leur interprétation doit donc nécessairement tenir compte de l'évolution des technologies numériques utilisées dans les réseaux de communications, car, précise la Cour de l'AELE, il serait porté atteinte au principe de la neutralité technologique et à l'effet utile de la directive « cadre » si l'on en devait exclure des services basés sur des développements technologiques nouveaux¹⁵⁷⁶, comme des logiciels, instrumentaux pour la transmission des signaux. Les régulateurs de plusieurs États membres se trouvent actuellement confrontés à des problématiques similaires. Concernant le service de messagerie électronique Gmail, la cour administrative de Cologne¹⁵⁷⁷ note qu'en pratique « un service de messagerie peut être considéré comme ne consistant pas principalement en la transmission de données, cette transmission étant effectuée par les fournisseurs d'accès à l'internet (FAI). Le service de communications électroniques (c'est-à-dire le service « de transport ») est déjà payé par chaque utilisateur auprès de son FAI. Ce qui est proposé par le fournisseur du service de messagerie est donc un service différent, à savoir un service de contenu ou une application. À l'inverse, quand les services nécessitent pour son fournisseur une interconnexion avec le réseau public, le service fourni à l'utilisateur consiste au moins en partie à un service de transmission de signaux ». La cour allemande conclut finalement que Gmail constitue bien un service de communication électronique. Ce jugement a été entrepris devant le tribunal administratif supérieur de Münster¹⁵⁷⁸, qui, afin de se prononcer, entend notamment savoir de la Cour de justice¹⁵⁷⁹ si « la notion de "services qui consistent entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques" [...] doit [...] être interprétée en ce sens qu'elle inclut ou peut inclure les services de messagerie électronique sur internet qui sont mis à disposition à travers l'internet ouvert sans pour autant comprendre un accès à internet ? »¹⁵⁸⁰. De son côté, l'IBPT a, le 30 mai 2016, imposé une amende¹⁵⁸¹ à la SARL de droit luxembourgeois Skype Communications,

¹⁵⁷⁵ C.J.U.E., 26 novembre 2015, *Verein für Konsumenteninformation c. A1 Telekom Austria*, aff. C-326/14, EU:C:2015:782.

¹⁵⁷⁶ Cour de l'AELE, E-06/16, précité, point 31.

¹⁵⁷⁷ Verwaltungsgericht Köln, 11 novembre 2015, n° Az. 21 K 450/15, points 55-63, <http://openjur.de/u/866817.html>.

¹⁵⁷⁸ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen.

¹⁵⁷⁹ Voy. aussi Oberverwaltungsgericht NRW, Beschluss vom 26.02.2018, 13 A 17/16, DE:OVGNRW:2018:0226.13A17.16.0, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/13_A_17_16_Beschluss_20180226.html. Voy. aussi Justiz-online, Oberverwaltungsgericht Nordrhein Westfalen, EuGH soll Pflichten von Webmail-Anbietern klären, http://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/05_180226/index.php.

¹⁵⁸⁰ C.J.U.E., *Google c. République Fédérale d'Allemagne*, aff. C-193/18, J.O.U.E. C 211/14 du 18 juin 2018.

¹⁵⁸¹ Décision du Conseil de l'IBPT du 30 mai 2016 relative à l'imposition d'une amende administrative à Skype Communications SARL pour le non-respect de l'article 9, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, https://www.ibpt.be/public/files/fr/21986/Skype-web_FR.pdf.



estimant notamment que le refus de notifier le service Skype Out, qui « permet d'effectuer des appels vers des numéros fixes et mobiles »¹⁵⁸², comme service de communications électroniques, pouvait « entraver le fonctionnement des autorités belges du fait de pouvoir ignorer des obligations en matière de conservation des données et de collaboration avec les autorités via une cellule de coordination Justice propre. Le non-respect de la législation implique enfin également une concurrence déloyale vis-à-vis des prestataires qui respectent effectivement leurs obligations »¹⁵⁸³. La référence aux obligations de collaboration avec les autorités judiciaires concerne, d'une part, l'application de l'article 126¹⁵⁸⁴ de la LCE qui impose aux « fournisseurs au public de services de téléphonie, en ce compris par internet, d'accès à l'internet, de courrier électronique par internet, [aux] opérateurs fournissant des réseaux publics de communications électroniques ainsi qu'[aux] opérateurs fournissant un de ces services » une obligation de conserver les données générées ou traitées par eux « dans le cadre de la fourniture des services de communications concernés » et, d'autre part, l'application de l'article 9 de la LCE soumet uniquement les opérateurs de services de communications électroniques à une obligation de notification préalable à l'IBPT et à l'obligation de mettre en place une « cellule de coordination avec la justice » en vertu de l'arrêté royal du 8 février 2011¹⁵⁸⁵. Cette référence répond aux préoccupations de certains magistrats¹⁵⁸⁶.

Skype a fait appel de cette décision. En 2018, la cour des marchés a posé des questions préjudicielles à la Cour de justice visant notamment à savoir si « un service de voix sur IP offert via un logiciel terminé sur un réseau téléphonique public commuté vers un numéro fixe ou mobile d'un plan national de numérotation doit être qualifié de service de communications électroniques »¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸² *Ibid.*, p. 4, note 1.

¹⁵⁸³ IBPT, communiqué de presse « L'IBPT impose une amende à Skype pour le service télécoms SkypeOut », 15 juillet 2016, http://www.bipt.be/public/pressrelease/fr/123/Skype_FR.pdf.

¹⁵⁸⁴ Cette disposition avait été annulée par la Cour constitutionnelle (C. const., 11 juin 2015, n° 84/2015), avec l'ensemble de la loi du 30 juillet 2013 portant modification des articles 2, 126 et 145 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et de l'article 90*decies* du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 23 août 2013, par identité de motifs avec ceux qui ont amené la Cour de justice de l'Union européenne à juger la directive « conservation des données » invalide (voy. directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *J.O.U.E.* L 105/54 du 13 avril 2006, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/24/oj> et arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238). Mais la loi du 29 mai 2016 relative à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques, *M.B.*, 18 juillet 2016, l'a réintroduite dans la LCE. Voy. le chapitre III sur la protection de la vie privée, point B, en ce qui concerne la rétention des données.

¹⁵⁸⁵ « (...) la Cellule de coordination de la Justice prend les mesures nécessaires pour faire écouter, prendre connaissance et enregistrer des communications ou des télécommunications privées immédiatement, pendant leur transmission, dès réception de l'ordonnance visée à l'article 90*ter*, § 1^{er} ou § 5 [du Code d'instruction criminelle] » (art. 6 de l'arrêté royal du 8 février 2011 modifiant l'arrêté royal du 9 janvier 2003 portant exécution des articles 46*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, 88*bis*, § 2, alinéas 1^{er} et 3, et 90*quater*, § 2, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle ainsi que de l'article 109*ter*, E, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 23 février 2011).

¹⁵⁸⁶ « (...) dans un dossier de terrorisme, il faut mettre sur écoute un nombre considérable de GSM (qui ne cessent de changer) afin de pouvoir quand même entendre des éléments présentant un intérêt. Ce faisant, aucun risque n'est pris compte tenu des dispositions légales strictes. Lors de ces écoutes, l'on a toutefois entendu très souvent le message "va sur Skype". Il n'existe cependant encore aucun règlement légal concernant l'écoute via Skype. Il s'ensuit que des informations pertinentes ne peuvent être captées » (Service de la Politique criminelle, Rapport 2011 en application de l'article 90*decies* du Code d'instruction criminelle (2010), p. 18, note 22).

¹⁵⁸⁷ C.J.U.E., *Skype Communications c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-142/18, *J.O.U.E.* C 161/39 du 7 mai 2018. Voy. aussi Bruxelles (cour des marchés, 19^e ch.), 7 février 2018, n° 2016/AR/1312.



Affaires à suivre donc, si ce n'est que la proposition de Code CEE (29 juin)¹⁵⁸⁸ prévoit l'inclusion de services/applications comme messagerie instantanée, webmail, voix sur IP sans la possibilité d'appeler vers (ou du) réseau téléphonique public dans le concept de «service de communications électroniques».

E. Libre circulation des terminaux de télécommunications

352. Une taxe n'entrave pas la libre circulation. La directive 1999/5¹⁵⁸⁹ requiert que les États membre ne limitent pas et n'entravent pas la mise sur le marché et la mise en service sur leur territoire d'appareils de télécommunications portant le marquage CE. Or, en Italie les appareils de téléphonie sont soumis à «une taxe de concession gouvernementale». La Cour de justice a estimé qu'une telle taxe était compatible avec la directive de 1999 ainsi que les directives «accès», «autorisation», «cadre» et «service universel», dès lors que «le contrat d'abonnement tient lieu par lui-même de licence ou d'autorisation générale et, partant, qu'aucune intervention n'est requise à cet égard de l'administration»¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁸ Art. 2, 4), 5) et 7).

¹⁵⁸⁹ Art. 8 de la directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.* L 91/10 du 7 avril 1999, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/5/oj>, ELI version consolidée: <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/5/oj>. La directive est abrogée par l'article de la directive 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques et abrogeant la directive 1999/5/CE, *J.O.U.E.* L 153/62 du 22 mai 2014, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/53/oj> (directive «équipements radioélectriques»).

¹⁵⁹⁰ C.J.U.E., 17 septembre 2015, *Fratelli De Pra et SAIV c. Agenzia Entrate – Direzione Provinciale Ufficio Controlli Belluno et Agenzia Entrate – Direzione Provinciale Ufficio Controlli Vicenza*, aff. C-416/14, EU:C:2015:617, point 50.

