

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Communications électroniques

Jost, Julien; Defreyne, Elise; Piron, Maxime; Queck, Robert

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

*Publication date:*  
2012

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
Jost, J, Defreyne, E, Piron, M & Queck, R 2012, 'Communications électroniques', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 48-49, pp. 146-185.

#### 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.

Le second terrain de développement jurisprudentiel est celui de la collecte d'informations sur internet, en particulier sur les réseaux sociaux. Nous avons évoqué l'émergence dans la jurisprudence belge de décisions concernant la prise de connaissance et l'utilisation de données obtenues sur les réseaux sociaux. Se dessine à cet égard une tendance à considérer que, dès lors que le travailleur s'exprime dans des espaces accessibles à un nombre indéterminé de personnes, il ne peut plus se prévaloir du droit au respect de sa vie privée pour s'opposer à ce que ses propos soient portés à la connaissance de l'employeur, et le cas échéant invoqués par ce dernier pour justifier un licenciement pour faute grave. Gageons que la jurisprudence dans ce domaine ne manquera pas de se développer dans les années à venir. Affaires à suivre...

## V. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Elise DEFREYNE<sup>808</sup>

Julien JOST<sup>809</sup>

Maxime PIRON<sup>810</sup>

Robert QUEECK<sup>811</sup>

### A. Champ de la chronique

**233. Réglementation sectorielle spécifique et droit de la concurrence.** Cette partie aborde les décisions de justice qui se rapportent aux communications électroniques, c'est-à-dire à la réglementation sectorielle spécifique européenne et belge régissant la transmission de signaux par des moyens électromagnétiques (fils de cuivre, câbles coaxiaux, voie hertzienne, fibres optiques...). La question de l'application du droit de la concurrence au secteur ainsi que celle des rapports entre la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence sont abordées *infra*, au chapitre VI<sup>812</sup>.

**234. Le cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques.** Au niveau européen, le cadre réglementaire sectoriel pour les réseaux et services de communications électroniques actuellement en vigueur a été adopté en 2002 pour entrer en application au niveau des États membres à partir du 25 juillet 2003. Les principales directives de ce cadre réglementaire européen ont été amendées en 2009. Ce cadre est composé principalement des directives «cadre», «autorisation», «accès», «service universel», «vie privée» et

<sup>808</sup> Assistante à l'Université de Namur et chercheuse au CRIDS.

<sup>809</sup> Conseiller au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

<sup>810</sup> Chercheur au CRIDS et conseiller juridique à AGORIA.

<sup>811</sup> Maître de conférences à l'Université de Namur et directeur adjoint du CRIDS.

<sup>812</sup> Voy. cette chronique, en particulier n°s 321 à 326, et C.J.U.E., 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c. Commission*, C-280/08 P; C.J.U.E., 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09; T.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, T-336/07; T.U.E., 29 mars 2012, *Espagne c. Commission*, T-398/07. Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sont disponibles sous <http://curia.europa.eu>.

« concurrence »<sup>813</sup>. Il est complété notamment par le règlement « itinérance III »<sup>814</sup> qui vient de remplacer le 13 juin 2012 le règlement « itinérance »<sup>815</sup>.

<sup>813</sup> Respectivement :

- 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, 24 avril 2002 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, 29 juin 2009 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, 18 décembre 2009 (directive « mieux légiférer »). Ci-après directive « cadre 2002 » visera le texte original de 2002 et « directive 'cadre' » visera le texte actuellement en vigueur (et éventuellement amendé).
- 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.*, 24 avril 2002, L 108/21 modifiée par la directive « mieux légiférer ». Ci-après directive « autorisation 2002 » visera le texte original de 2002 et directive « autorisation » visera le texte actuellement en vigueur (et éventuellement amendé).
- 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, 24 avril 2002, modifiée par la directive « mieux légiférer ». Ci-après directive « accès 2002 » visera le texte original de 2002 et directive « accès » visera le texte actuellement en vigueur (et éventuellement amendé).
- 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, 24 avril 2002, 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, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, L 337/11, 18 décembre 2009 (directive « droits des citoyens »). Ci-après directive « service universel 2002 » visera le texte original de 2002 et directive « service universel » visera le texte actuellement en vigueur (et éventuellement amendé).
- Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), *J.O.C.E.*, L 201/37, 31 juillet 2002, modifiée par la 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, 13 avril 2006 (directive « rétention des données ») et modifiée par la directive « droits des citoyens ». Ci-après directive « vie privée et communications électroniques 2002 » visera le texte original de 2002 et directive « vie privée et communications électroniques » visera le texte actuellement en vigueur (et éventuellement amendé). La jurisprudence relative à cette directive est abordée dans le chapitre III relatif aux libertés.
- 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, 17 septembre 2002 (directive « concurrence »).

<sup>814</sup> Règlement (UE) n° 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), *J.O.U.E.*, L 172/10, 30 juin 2012.

<sup>815</sup> Règlement (CE) n° 717/2007 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de la Communauté, *J.O.U.E.*, L 171/32, 29 juin 2007, 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, 29 juin 2009. La Cour de justice a confirmé la validité de la base juridique du règlement (CE) n° 717/2007, à savoir l'article 95 TCE (actuellement 114 TFUE). Elle a également constaté que le

**235. Le cadre réglementaire fédéral belge des réseaux et services de communications électroniques.** Les dispositions européennes concernant les réseaux et services de communications électroniques ont été transposées en Belgique principalement par la loi relative aux communications électroniques du 13 juin 2005 (ci-après «LCE 2005») <sup>816</sup> qui régit donc le secteur et les marchés des communications électroniques. Elle est complétée par deux lois du 17 janvier 2003 concernant l'autorité réglementaire nationale, l'Institut belge des services Postaux et des Télécommunications (IBPT), l'une fixant son statut (loi «IBPT-statut 2003» <sup>817</sup>) et l'autre organisant les recours (loi «IBPT-recours 2003» <sup>818</sup>) contre ses décisions devant la cour d'appel de Bruxelles et prévoyant également que le Conseil de la concurrence peut intervenir comme instance spécifique de résolution des litiges entre fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques. Ce cadre réglementaire fédéral belge est complété par une loi relative aux entreprises publiques autonomes (loi «EPA» <sup>819</sup>) qui régit notamment encore la question des droits de passage et le placement d'infrastructures de réseaux sur le domaine public et privé. La LCE et la loi «IBPT-statut» ont notamment été amendées par une loi du 31 mai 2011 <sup>820</sup> et une loi du 10 juillet 2012 <sup>821</sup> afin de transposer les dispositions européennes de 2009. Une deuxième loi du 10 juillet 2012 <sup>822</sup> en fait de même pour la loi «IBPT-recours». Ci-après, les appellations «LCE 2005», «loi IBPT-statut 2003» et «loi IBPT-recours 2003» viseront les dispositions telles qu'elles se présentent avant leur amendement suite à la transposition des directives européennes de 2009; les appellations «LCE», «loi IBPT-statut» et loi «IBPT-recours» visent ces législations (amendées ou non) après adoption des dispositions de transposition.

**236. Choix des décisions de justice et prise en compte de modifications des cadres réglementaires sectoriels.** Les décisions de justice présentées se rapportent en principe au cadre réglementaire européen en vigueur avant décembre 2009 et au cadre réglementaire fédéral belge avant 2012. Dans ce contexte, une décision de justice est uniquement prise en compte si la disposition réglementaire visée est encore applicable (ne fût-ce que par analogie), soit parce qu'elle n'a pas été modifiée, soit parce que seule sa numérotation a changé, soit parce qu'elle a été modifiée mais que la décision conserve un intérêt pour son interprétation dans son libellé actuel. Notons également qu'en ce qui concerne le niveau belge, seront essentiellement abordés, outre les décisions de la Cour constitutionnelle en matière de répartition des compétences (voy. *infra*,

---

règlement ne viole pas les principes de proportionnalité et de subsidiarité par ses dispositions relatives à l'eurotarif qui plafonnent les prix de détail des services d'itinérance. Voy. C.J.U.E., 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, C-58/08. *Rec.*, 2010, p. I-4999, points 32, 33, 48, 70 et 77 à 79.

<sup>816</sup> Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

<sup>817</sup> 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.

<sup>818</sup> 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.

<sup>819</sup> Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, *err.* 20 juillet 1991.

<sup>820</sup> Loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications, *M.B.*, 21 juin 2011.

<sup>821</sup> Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 25 juillet 2012, *err.* 20 septembre 2012.

<sup>822</sup> Loi du 10 juillet 2012 modifiant la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, *M.B.*, 25 juillet 2012, *err.* 13 août 2012.

point C, n<sup>os</sup> 247 à 252), les arrêts de la cour d'appel de Bruxelles en tant que juridiction de recours à l'encontre des décisions de l'IBPT.

### 237. La répartition des compétences dans le domaine des communications électroniques.

Une attention particulière est également portée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la répartition des compétences dans le domaine des communications électroniques en Belgique. La Constitution et les lois (spéciales)<sup>823</sup> se limitent à énoncer les grands principes de cette répartition. Il est par conséquent revenu à la Cour constitutionnelle d'élaborer davantage le système, notamment en définissant le concept-clé de radiodiffusion et en imposant une obligation de coopération entre communautés et État fédéral en la matière. Dans la foulée, la cour d'appel de Bruxelles, instance de recours contre les décisions de l'IBPT, a également été amenée à se pencher sur la mise en œuvre de cette obligation<sup>824</sup>.

**238. La réglementation des équipements terminaux.** La chronique traite également des décisions de justice prises concernant les équipements terminaux (tels que par exemple les appareils téléphoniques)<sup>825</sup>. Ces derniers font l'objet d'un régime sectoriel spécifique qui complète celui des réseaux et services de communications électroniques. Au niveau européen, ce régime est d'une part composé de la directive « terminaux »<sup>826</sup> qui confirme la libéralisation des terminaux acquise depuis les années '90. D'autre part, il est constitué de la directive « R&TTE »<sup>827</sup> qui organise notamment la mise sur le marché, la libre circulation et la mise en service dans l'Union des équi-

<sup>823</sup> Respectivement articles 35, 127 et 130 de la Constitution coordonnée du 17 février 1994, *M.B.*, 17 février 1994; article 4, 6<sup>o</sup> de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980 (ci-après «LSRI»); article 4, § 1<sup>er</sup> de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983, *M.B.*, 18 janvier 1984.

<sup>824</sup> La chronique traite des décisions de justice intervenues de 2009 à 2011. Cependant, certaines décisions de justice adoptées en 2012 seront également mentionnées, notamment quand elles constituent l'aboutissement ou la prolongation logique de développements mentionnés dans la présente chronique. Elles seront traitées de manière plus approfondie dans la prochaine chronique.

<sup>825</sup> D'autres thématiques qui ont été traitées par la Cour de justice entre 2009 et 2011, mais qui ne seront pas abordées dans la présente chronique, sont :

- l'application de la TVA aux communications électroniques ou à des opérateurs de communications électroniques (C.J.C.E., 2 juillet 2009, *EGN*, C-377/08; C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Everything Everywhere*, C-276/09; C.J.U.E., 28 juillet 2011, *Nordea Pankki Suomi*, C-350/10; C.J.U.E., 3 mai 2012, *Lebara*, C-520/10; C.J.U.E., 21 juin 2012, *Elsacom NV*, C-294/11; C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Portugal Telecom*, C-496/11);
- le domaine de premier niveau .eu (C.J.U.E., 3 juin 2010, *Internetportal und Marketing*, C-569/08; C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Pie Optiek*, C-376/11) et
- la propriété de l'État dans des opérateurs de communications électroniques et les « golden shares » (C.J.C.E., 26 mars 2009, *Commission c. Italie*, C-326/07; C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Commission c. Portugal*, C-171/08). Notons aussi que d'autres thématiques touchant aux communications électroniques sont traitées dans d'autres chapitres de la présente chronique :
- harcèlement et technologies de la communication (n<sup>os</sup> 337 et 338);
- droit de communication au public (n<sup>os</sup> 36 à 39 et 56);
- confidentialité des communications (n<sup>os</sup> 50, 141 et 198 à 204);
- secret des communications en matière de SMS (n<sup>o</sup> 208).

<sup>826</sup> Directive 2008/63/CE de la Commission du 20 juin 2008 relative à la concurrence dans les marchés des équipements terminaux de télécommunications, *J.O.U.E.*, L 162/20, 21 juin 2008.

<sup>827</sup> Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux des télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.*, L 91/10, 7 avril 1999.

pements hertziens et terminaux des télécommunications. Au niveau belge, ces deux directives sont principalement transposées par la LCE.

## B. Questions générales

### 1. Concepts

**239. Clarifications apportées par la Cour de justice.** Pendant la période couverte par la présente chronique, la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur le contenu et la portée exacte des concepts d'«abonné» et d'«autorité réglementaire nationale». Les définitions de ces deux concepts n'ont pas été amendées en 2009.

#### a. Abonné

**240. Interdiction de limiter le concept d'«abonné» aux personnes qui ont conclu un contrat par écrit.** La directive «cadre» (article 2, k)) définit l'abonné comme «toute personne physique ou morale partie à un contrat avec un fournisseur de services de communications électroniques accessibles au public, pour la fourniture de tels services». Dans l'affaire C-492/07, *Commission c. République de Pologne*<sup>828</sup>, la Cour de justice rappelle d'abord que cette définition de la directive «cadre» est également valable pour les directives «accès», «autorisation», «service universel» et «vie privée et communications électroniques»<sup>829</sup>. Ensuite, la Cour confirme la position de la Commission selon laquelle une limitation, par la loi polonaise relative aux télécommunications, de la notion d'abonné aux seules personnes qui ont conclu un contrat écrit avec leur fournisseur de services va au-delà des exigences de la directive «cadre» et prive les personnes qui n'ont pas conclu de contrat écrit de droits qui devraient leur revenir à titre d'abonnés selon le cadre réglementaire européen des communications électroniques<sup>830</sup>. La Cour de justice constate que la Commission ne s'est pas bornée à alléguer que la définition en question n'avait pas été reprise telle quelle par la loi polonaise, mais a en outre identifié clairement un certain nombre de droits dont les «abonnés», au sens de cette directive, seraient privés en raison de la transposition incorrecte de cette disposition<sup>831</sup>. Comme la Pologne n'a pas suffisamment réfuté l'argumentation de la Commission, la Cour constate l'infraction comme établie<sup>832</sup>. D'ailleurs, si le législateur communautaire avait voulu limiter ainsi la notion de «contrat», il aurait facilement pu le faire en employant les termes «contrat écrit». Or, constate la Cour, il ne l'a pas fait<sup>833</sup>.

**241. Prise en compte des cartes prépayées.** En ce qui concerne les conséquences négatives pour la réalisation des objectifs du cadre réglementaire de l'exclusion des contrats non écrits de la notion d'abonné, la Cour précise qu'«il n'est pas reproché à la République de Pologne de ne pas accorder les droits reconnus aux abonnés à toutes les personnes utilisant des cartes prépayées, mais il lui est reproché d'exclure du bénéfice de ces droits, sans raison technique valable et au seul motif qu'elles ne disposent pas d'un contrat écrit, notamment, les personnes qui, ayant conclu

<sup>828</sup> C.J.C.E., 22 janvier 2009, *Commission c. République de Pologne*, C-492/07. Sur cette affaire, voy. aussi point D.6, n° 268.

<sup>829</sup> *Id.*, point 3.

<sup>830</sup> *Id.*, point 8.

<sup>831</sup> *Id.*, point 8. Parmi ces droits, il y a celui de figurer dans l'annuaire accessible au public, mentionné à l'article 25 de la directive «service universel».

<sup>832</sup> *Id.*, points 22 à 26.

<sup>833</sup> *Id.*, point 26.

un contrat avec leur fournisseur de services de communications électroniques pour l'acquisition d'une carte prépayée utilisable dans un téléphone portable, se sont vu attribuer un numéro déterminé et qui, tout en renonçant à l'anonymat sous le couvert duquel elles ont éventuellement acquis cette carte, souhaitent bénéficier de l'ensemble des droits reconnus aux abonnés»<sup>834</sup>.

*b. Autorité réglementaire nationale (ARN)*

**242. Législateur national comme ARN.** Une autorité réglementaire nationale (ARN) est définie par l'article 2, g) de la directive «cadre» (resté inchangé en 2009) comme «l'organisme ou les organismes chargés par un État membre d'une quelconque des tâches assignées dans la présente directive et dans les directives particulières». Les autorités qui réalisent ces fonctions sont donc considérées comme ARN. Est-ce qu'un législateur national peut assurer la fonction d'ARN en assumant une des tâches réglementaires identifiées par le cadre réglementaire européen? La Cour de justice a été confrontée à cette problématique<sup>835</sup> suite à une question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle belge<sup>836</sup>. Parmi les dispositions en question, il y avait les articles 202 et 203 de la loi du 27 avril 2007 selon lesquels c'est «le législateur, en tant qu'autorité réglementaire nationale» qui a décidé par voie législative que le coût net du service universel, en particulier de l'offre de tarifs sociaux, était une charge déraisonnable<sup>837</sup>. Selon le cadre réglementaire européen, et en particulier l'article 13 de la directive «service universel», cette évaluation relève des ARN et entraîne un droit à compensation financière en faveur des prestataires du service universel<sup>838</sup>.

Dans ce contexte, la Cour a constaté que ni la directive «cadre», ni la directive «service universel» «ne désignent les organes des États membres auxquels ces derniers doivent confier les tâches de réglementation assignées à ladite autorité»<sup>839</sup>. Elle confirme en plus, d'une part, que les États membres jouissent d'une autonomie institutionnelle dans l'organisation et la structuration de leurs autorités réglementaires nationales. D'autre part, cette autonomie ne peut être exercée que dans le plein respect des objectifs et des obligations fixés par la directive «cadre». Par conséquent, un État membre peut attribuer au législateur national les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales selon la directive «service universel». Il peut cependant le faire seulement si l'organe législatif, dans l'exercice de ces tâches, répond aux conditions d'organisation et de fonctionnement auxquelles les directives «cadre» et «service universel» soumettent ces autorités, à savoir les conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence, et que les décisions que l'ARN prend dans le cadre de cette fonction puissent faire l'objet de recours effectifs auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées selon l'article 4 de

<sup>834</sup> *Id.*, points 28 et 29.

<sup>835</sup> C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Base*, C-389/08. Dans une affaire parallèle qui traitait aussi du régime du coût du service universel en Belgique (voy. *infra*, point G, n° 290), la question de savoir si le législateur national peut assumer la fonction d'ARN a également été soulevée par la Commission. La Cour n'y a cependant pas répondu explicitement (C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Commission c. Belgique*, C-222/08, en particulier points 24, 29 et 30).

<sup>836</sup> Cour const., 1<sup>er</sup> septembre 2008, n° 131/2008.

<sup>837</sup> Loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV), *M.B.*, 25 avril 2007. Ces dispositions interprètent des dispositions de la LCE.

<sup>838</sup> L'article n'a pas été modifié en 2009. Il utilise cependant le concept de «charge injustifiée» à la place de celui de «charge déraisonnable» utilisé par la loi belge.

<sup>839</sup> C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Base*, C-398/08, point 23.

la directive « cadre »<sup>840</sup>. Il appartient à la Cour constitutionnelle de vérifier si ces conditions sont respectées<sup>841</sup>.

Dans son arrêt consécutif à celui de la Cour de justice, la Cour constitutionnelle a cependant constaté que, comme elle avait déjà conclu à l'annulation des articles 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 sur base des articles 10 et 11 de la Constitution, elle ne devait « plus vérifier, du fait de ce constat, si le législateur peut effectivement être considéré comme une autorité de régulation nationale répondant aux conditions prévues par la Cour de justice sur base des directives européennes »<sup>842</sup>.

**243. Le législateur, l'indépendance de l'ARN et les modifications de 2009.** Reste à se poser la question si aujourd'hui la Cour de justice répondrait de la même manière. Il convient en effet de noter que l'article 3, § 3bis de la directive « cadre », introduit en 2009, prévoit une sorte d'indépendance « politique »<sup>843</sup> des ARN et des garanties supplémentaires pour leur indépendance. Il stipule notamment que les ARN responsables de la régulation du marché *ex ante* (à savoir la procédure relative à la puissance significative sur un marché particulier<sup>844</sup>) ou du règlement de 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 ». Dans ce contexte, le considérant 13 de la directive « mieux légiférer » prévoit qu'il « y a lieu de prévoir, en droit national, une disposition expresse garantissant que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises. Une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire ».

Néanmoins, le cas concret soumis à la Cour dans l'affaire C-389/09 concernait le service universel et donc ni la réglementation du marché *ex ante*, ni la résolution des litiges. Les exigences « renforcées » de l'article 3, § 3bis de la directive « cadre » ne seraient donc *a priori* pas applicables dans ce cas.

## 2. Champ d'application du cadre réglementaire des réseaux et services de communications électroniques

**244. Champ d'application du cadre réglementaire et de la directive « autorisation ».** Une taxe qui grève l'utilisation d'un téléphone mobile, due par les titulaires de contrats d'abonnements à des services de communications mobiles, se trouve hors du champ d'application de la directive « autorisation », étant donné qu'une telle taxe ne concerne pas la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques, mais seulement l'utilisation d'un terminal<sup>845</sup>.

<sup>840</sup> *Id.*, points 26, 27 et 30.

<sup>841</sup> *Id.*, point 31.

<sup>842</sup> Cour const., 27 janvier 2011, n° 7/2011, B. 11.

<sup>843</sup> Communications Committee Working Document, Implementation of the revised Framework Directive – Independence of National Regulatory Authorities, COCOM10-16, 15 April 2010, p. 5.

<sup>844</sup> *Ibidem.*

<sup>845</sup> C.J.U.E. (ordonnance), 15 décembre 2010, *Agricola Esposito*, C-492/09, points 35 à 43.

### 3. Objectifs de la réglementation et de l'action des autorités réglementaires nationales

**245. Valeur contraignante des objectifs.** Le cadre réglementaire européen des communications électroniques vise trois objectifs principaux: la promotion de la concurrence, le développement du marché intérieur et la défense des intérêts des citoyens européens<sup>846</sup>. Ces objectifs ne constituent pas de simples déclarations d'intentions. Les autorités réglementaires nationales doivent poursuivre activement leur réalisation et justifier leurs décisions par rapport à ces objectifs<sup>847</sup>. Dans l'affaire C-424/07, *Commission c. Allemagne*, la Cour de justice a par conséquent explicitement rappelé qu'il ressort des articles 8, § 1<sup>er</sup> de la directive «cadre», 8, § 4 de la directive «accès» et 17, § 2 de la directive «service universel» que «les ARN sont tenues de promouvoir les objectifs réglementaires visés à l'article 8 de la directive "cadre" lors de l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans le cadre réglementaire commun»<sup>848</sup>. Dans ce contexte, la Cour a rappelé que l'article 8 de la directive «cadre» assigne «aux États membres l'obligation de s'assurer que les autorités réglementaires nationales prennent toutes les mesures raisonnables visant à promouvoir la concurrence dans la fourniture des services de communications électroniques»<sup>849</sup>.

**246. Compétence des ARN de donner priorité à un des objectifs.** *A priori*, le cadre réglementaire européen des communications électroniques ne prévoit pas de hiérarchie entre les objectifs qu'il met en avant. Dans l'affaire C-424/07, *Commission c. Allemagne*, la Cour de justice a été amenée à se prononcer par rapport au fait que le législateur allemand avait, concernant les nouveaux marchés (en fait le nouveau réseau d'accès par fibre optique VDSL de Deutsche Telekom) choisi de donner priorité à l'objectif de promotion des investissements et de l'innovation<sup>850</sup>. Dans ce contexte, la Cour a dit pour droit que comme il revient aux ARN de promouvoir les objectifs réglementaires, «il appartient également aux ARN, et non aux législateurs nationaux, d'effectuer la pondération de ces objectifs lors de la définition et de l'analyse d'un marché pertinent susceptible de réglementation». Or, une disposition nationale (...) qui privilégie un seul des objectifs reconnus par la directive «cadre» (...) effectue une pondération desdits objectifs, alors qu'une telle pondération appartient à l'ARN lors de l'accomplissement des tâches réglementaires qui lui sont dévolues»<sup>851</sup>.

<sup>846</sup> Voy. également l'article 8, §§ 2-4 de la directive «cadre» qui précise chacun des objectifs avec une liste non exhaustive de «sous-objectifs».

<sup>847</sup> Voy. aussi Q. COPPIETERS 't WALLANT, J. JOST et R. QUECK, «Chronique de jurisprudence – Communications électroniques», *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, p. 143 (ci-après «chronique précédente»).

<sup>848</sup> C.J.U.E., 3 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-424/07, points 89 à 91. Sur cette affaire, voy. également point D.5, n°s 266 à 267 et point F.2, n°s 276 à 278.

<sup>849</sup> *Id.*, point 92 (avec d'autres références). Voy. aussi C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland*, C-192/08, point 50. À cet égard on peut d'ailleurs mentionner T.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, T-336/07, point 292, voy. *infra*, n° 322.

<sup>850</sup> Selon l'article 8, § 2, c) de la directive «cadre 2002», visé dans le cadre de l'affaire C-424/07, encourager des investissements efficaces en matière d'infrastructures et soutenir l'innovation, était un des sous-objectifs de l'objectif de promotion de la concurrence. Dans le cadre de la réforme de 2009, cette disposition a été déplacée à l'article 8, § 5, pour devenir un des principes réglementaires à appliquer par les ARN lors de leur poursuite des objectifs du cadre réglementaire.

<sup>851</sup> C.J.U.E., 3 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-424/07, points 91 et 93.

## C. Répartition des compétences

### 1. La répartition actuelle des compétences dans le domaine des communications électroniques en Belgique

**247. Principes généraux.** Selon les dispositions constitutionnelles et des lois de réformes institutionnelles<sup>852</sup>, la répartition des compétences en matière de communications électroniques en Belgique est la suivante : les communautés sont compétentes pour la radiodiffusion, qui comprend la télévision, et l'autorité fédérale est compétente de manière résiduaire pour les autres formes de communications électroniques. Depuis les arrêts 7/90 et 1/91 de la Cour d'arbitrage (aujourd'hui Cour constitutionnelle)<sup>853</sup>, les communautés se sont vues reconnaître la compétence de régler tant le contenu que les aspects techniques de la radiodiffusion. L'État fédéral reste quant à lui compétent pour la police générale des ondes, c'est-à-dire l'élaboration des normes techniques relatives à l'attribution des fréquences et à la puissance des émetteurs, ainsi que le contrôle de leur respect. Cette répartition des compétences est toutefois affectée par le phénomène de la convergence, qui tend à la déspecialisation des infrastructures<sup>854</sup>.

**248. Compétence fédérale en matière de télécommunications.** La Cour constitutionnelle, par son arrêt n° 2/2009<sup>855</sup>, s'est prononcée sur le recours introduit par différents opérateurs visant à annuler l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 1<sup>er</sup> mars 2007 relative à la protection de l'environnement contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les radiations non ionisantes<sup>856</sup>. Parmi les nombreux motifs d'annulation invoqués par les requérants, il était soutenu que les équipements visés par l'ordonnance attaquée<sup>857</sup> relevaient des infrastructures de communications électroniques pour lesquelles l'autorité fédérale est compétente. La Cour écarte cependant cet argument en décidant que « la réglementation en cause ne porte ni sur l'infrastructure des communications électroniques en tant que telles, ni sur l'instauration d'un réseau ou son utilisation, ni davantage sur la régulation du marché des communications électroniques »<sup>858</sup> : en effet, désormais, de nombreuses infrastructures peuvent en principe transmettre tout type de service.

Les requérants prétendaient encore que, en fixant une norme d'immission environnementale particulièrement basse et en permettant au gouvernement de fixer les conditions d'exploitation des équipements de télécommunications et le nombre et l'intensité des sources de radiations non ionisantes, l'ordonnance portait atteinte à la loyauté fédérale en rendant impossible ou exagérément difficile l'exercice, par le législateur fédéral, de sa compétence en matière de télécommu-

<sup>852</sup> Articles 127, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> (pour les Communautés flamande et française) et 130, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> (pour la Communauté germanophone) de la Constitution ; article 4, 6<sup>o</sup> de la LSRI, *M.B.*, 15 août 1980 (pour les Communautés flamande et française) et 4, § 1<sup>er</sup> de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983, *M.B.*, 18 janvier 1984.

<sup>853</sup> Cour const., 25 janvier 1990, n° 7/90, 2.B.3 ; Cour const., 7 février, 1991, n° 1/91, B.5.

<sup>854</sup> R. QUECK et J. JOST, « Éditorial – Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *R.D.T.I.*, n° 34, 2009, pp. 5 et s.

<sup>855</sup> Cour const., 15 janvier 2009, n° 2/2009.

<sup>856</sup> *M.B.*, 14 mars 2007. Les radiations non ionisantes sont les rayonnements électromagnétiques dont la fréquence est comprise entre 0,1 MHz et 300 GHz. Cette ordonnance a pour objet de fixer une valeur maximale pour la densité de puissance du rayonnement des radiations non ionisantes.

<sup>857</sup> C'est-à-dire essentiellement les antennes GSM.

<sup>858</sup> Cour const., 15 janvier 2009, n° 2/2009, B.11.1.

nications. Sur ce point, la Cour rappelle que « la répartition des compétences entre l'État fédéral et les régions repose sur un système de compétences exclusives qui implique que toute situation juridique soit en principe réglée par un seul et unique législateur. Lorsqu'une réglementation a, comme en l'espèce, des liens avec plusieurs attributions de compétences, la Cour doit rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la relation juridique réglée »<sup>859</sup>. En analysant l'objet de l'ordonnance, la Cour constate que les dispositions attaquées imposent uniquement que les rayonnements des équipements électromagnétiques visés dans l'ordonnance ne dépassent pas les normes d'immission déterminées par la Région de Bruxelles-Capitale. Dès lors, bien que les dispositions attaquées puissent avoir une incidence indirecte sur la compétence fédérale en matière de télécommunications, la Cour considère cependant qu'il n'est pas démontré que l'ordonnance attaquée ne respecterait pas le principe de proportionnalité et rendrait la politique fédérale impossible ou exagérément difficile dans ce domaine et rejette le recours<sup>860</sup>.

Dans cet arrêt n° 2/2009, il semble que la Cour interprète l'obligation de coopération de manière plutôt restrictive (comp. *infra*, nos 249 à 252). En effet, dès lors que l'objet de la réglementation (les ondes émises créant une immission dans le milieu ambiant) était commun aux deux niveaux de pouvoir, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour décide que l'État fédéral et la Région de Bruxelles-Capitale soient obligés de coopérer. Pourtant, la Cour constitutionnelle n'a pas imposé de coopération. On pourrait donc conclure *a contrario* de cet arrêt que, pour imposer une coopération (voy. *infra*), il faut non seulement que l'objet sur lequel des autorités exercent leurs compétences soit commun (en l'occurrence des réseaux de communications électroniques), mais encore que leurs compétences pour réglementer cet objet se rejoignent d'une manière tout à fait spécifique. En effet, un objet de réglementation « identique » (les ondes émises qui créent une immission dans le milieu ambiant) ne suffit pas. Le niveau d'imbrication et d'interférence entre les deux compétences concernées par l'arrêt 2009/2 (à savoir la protection de l'environnement et les communications électroniques autres que la radiodiffusion) est d'une intensité bien inférieure à celui constaté pour la radiodiffusion et les autres communications électroniques qui sont en quelque sorte les « deux faces d'une même médaille » qui se définissent l'une par rapport à l'autre et qui sont soudées par la convergence technologique des secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information<sup>861</sup>.

## 2. L'obligation de coopération

### a. Les principes

**249. Obligation de coopération prévue par la Cour d'arbitrage/constitutionnelle.** Pour rappel, en 2004, la Cour d'arbitrage a considéré que l'usage commun de l'infrastructure de transmission – tant pour la radiodiffusion que pour d'autres formes de communications électroniques – entraîne une imbrication des compétences communautaire et fédérale en matière des communications électroniques et, partant, un risque de dispositions réglementaires contradictoires<sup>862</sup>.

<sup>859</sup> *Id.*, B.11.2.

<sup>860</sup> *Id.*, B.11.3.

<sup>861</sup> R. QUECK et J. JOST, « Éditorial – Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *op. cit.*, p. 18.

<sup>862</sup> Pour de plus amples développements sur la jurisprudence constitutionnelle, voy. chronique précédente, pp. 141-160.

En conséquence, la Cour a imposé aux régulateurs une obligation de coopération. Un accord de coopération a finalement été conclu entre l'État fédéral et les communautés le 17 novembre 2006<sup>863</sup> (ci-après l'« accord de coopération ») et est entré en vigueur le 19 septembre 2007. De cet accord est née la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (ci-après la « CRC »), qui regroupe les différents régulateurs fédéral (IBPT) et communautaires (VRM, CSA et Medienrat) du secteur.

En 2009, la cour d'appel de Bruxelles a rendu plusieurs arrêts sur des recours introduits à l'encontre de décisions de l'IBPT. La question centrale de ces arrêts est l'obligation de coopération telle qu'imposée par la jurisprudence constitutionnelle et l'article 3, § 4 de la directive « cadre »<sup>864</sup>. Posée en termes concrets, la question est la suivante : l'IBPT doit-il – et le cas échéant, de quelle manière – coopérer avec les régulateurs communautaires avant d'adopter une décision ? Les trois arrêts de la cour d'appel portant sur des décisions de l'IBPT adoptées avant l'entrée en vigueur de l'accord de coopération examinent la question de l'obligation – ou non – de coopérer, au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Les deux arrêts relatifs aux décisions de l'IBPT adoptées après le 19 septembre 2007 portent sur le caractère suffisant et le respect de la procédure mise en place par l'accord de coopération. Dans la mesure où les problématiques diffèrent sensiblement en fonction de l'entrée en vigueur de l'accord de coopération, sont d'abord analysés les arrêts portant sur les décisions adoptées par l'IBPT avant le 19 septembre 2007, même si cela ne respecte pas la stricte chronologie des décisions rendues par la cour d'appel en 2009.

#### *b. Obligation de coopération avant l'entrée en vigueur de l'accord de coopération*

**250. Situation avant l'entrée en vigueur de l'accord de coopération.** Par un arrêt du 19 mai 2009<sup>865</sup>, la cour d'appel s'est prononcée sur la décision de l'IBPT du 29 novembre 2006 concernant les tarifs des « *Block et Tie Cables* » de l'offre de référence<sup>866</sup> BRUO de Belgacom<sup>867</sup>. L'un des griefs formulés par Belgacom à l'encontre de cette décision portait sur la violation de l'article 14, § 2, 5° de la loi IBPT-statut, non amendé en 2009, disposant que l'IBPT peut uniquement prendre des décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les communautés sont également compétentes après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération. Dans sa décision, la cour d'appel commence par relever deux enseignements de l'arrêt 132/2004 de la Cour constitutionnelle. D'une part, elle pointe l'« absolue nécessité de prévoir une coopéra-

<sup>863</sup> Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, annexé à la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II), *M.B.*, 28 décembre 2006.

<sup>864</sup> Cette disposition impose aux États membres de veiller à la coopération entre les différentes autorités réglementaires lorsque les tâches sont confiées à plusieurs organismes.

<sup>865</sup> Bruxelles (18° ch.), 19 mai 2009, n° 2007/AR/302. Les arrêts de la cour d'appel de Bruxelles agissant en instance de recours des décisions de l'IBPT sont disponibles sous <http://www.ibpt.be> (IBPT – Litiges).

<sup>866</sup> L'offre de référence constitue une base publique de négociation publiée en l'occurrence par Belgacom pour l'offre de ses services de gros aux autres opérateurs. Cette offre de référence est contrôlée par l'IBPT.

<sup>867</sup> L'offre de référence BRUO (pour *Belgacom Reference Unbundling Offer*) porte sur l'accès dégroupé à la boucle locale. Point 16 : « Les "Blocks" et les "Tie Cables" font partie de l'équipement qui permet à un opérateur d'avoir un accès à la boucle locale de Belgacom et, par la suite, d'offrir différents services à ses propres clients ».

tion entre l'autorité fédérale et les communautés pour déterminer les compétences du régulateur, en tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques». D'autre part, elle rappelle que, bien que l'article 92bis de la LSRI ne prévoit pas une obligation de coopération et que l'absence d'accord ne peut donc être constitutive d'une violation des règles de compétence, «le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences est violé lorsque les compétences de l'État fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération»<sup>868</sup>.

En l'espèce, afin de justifier le fait de ne pas avoir procédé à une coopération, l'IBPT avait développé une approche *in concreto*, en prétendant que l'article 14, § 2, 5° de la loi IBPT-statut ne devait s'appliquer qu'aux décisions de l'IBPT qui pouvaient avoir une incidence sur les compétences des communautés. La cour d'appel rejette cependant cette argumentation, au motif que les *blocks* et les *tie cables* font partie de «l'infrastructure par laquelle passent les différents services et notamment les services de radiodiffusion et de télévision»<sup>869</sup> et qu'il ne faut pas rechercher «si la décision risquerait d'interférer, voire même interfère, sur les services qui relèvent de la compétence des régulateurs communautaires. En effet, l'IBPT ne pourrait préjuger de l'existence de ce "risque", étant donné que celui-ci ne pourrait s'avérer qu'après le déroulement de la coopération préalable»<sup>870</sup>. Bien que l'accord n'était pas encore entré en vigueur au moment où l'IBPT a adopté sa décision, la cour d'appel considère ainsi que le régulateur devait néanmoins procéder à une coopération. En effet, si la directive «cadre» admet que les tâches à accomplir par les ARN puissent être confiées à plusieurs organismes, elle impose, dans ce cas, la consultation et la coopération entre ces autorités. Par ailleurs, la Cour ajoute que cette obligation de la directive «cadre» est inconditionnelle et suffisamment précise, et pouvait par conséquent être invoquée par Belgacom à l'encontre de l'IBPT<sup>871</sup>. La Cour précise encore que «la loyauté entre les autorités, qui n'est qu'une application du principe de proportionnalité, impose que ces autorités coopèrent et s'informent mutuellement. Le législateur européen a confirmé et imposé cette obligation de coopération et d'information en tenant compte de la convergence technologique en matière d'infrastructure des communications électroniques; il résulte de la jurisprudence communautaire que le régulateur (tant fédéral que communautaire belge) ne peut se cacher derrière l'inertie ou le retard dans le chef de l'État quant à l'implémentation d'une obligation inconditionnelle et suffisamment précise de la directive cadre»<sup>872</sup>. La cour d'appel conclut donc à l'illégalité de la décision de l'IBPT.

La cour d'appel aboutit à une conclusion semblable – au terme d'une motivation qui reprend les principes déjà développés dans sa décision du 19 mai 2009 – dans un autre arrêt rendu le 6 octobre 2009, qui porte sur la modification de l'offre de référence BRUO pour la définition des volumes de migration<sup>873</sup>.

<sup>868</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 19 mai 2009, n° 2007/AR/302, point 84. Voy. également points 95 et 103.

<sup>869</sup> *Id.*, point 92

<sup>870</sup> *Id.*, point 94.

<sup>871</sup> *Id.*, point 99.

<sup>872</sup> *Id.*, point 100.

<sup>873</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 6 octobre 2009, n° 2006/AR/2823.

Par sa décision du 15 octobre 2009, la cour d'appel s'est prononcée sur la décision rendue par l'IBPT le 17 janvier 2007 au sujet de l'analyse des marchés relatifs aux lignes louées<sup>874</sup>. Dans un premier temps, la cour d'appel relève que l'article 14, § 2, 5° de la loi IBPT-statut ne s'applique pas en l'espèce, dans la mesure où les lignes louées ne sont ni des infrastructures électroniques, ni des réseaux électroniques au sens de cette disposition<sup>875</sup>. Dans un second temps, la Cour considère que tant l'article 3, § 4 de la directive « cadre » (même si, au moment de l'adoption de la décision litigieuse, l'obligation de concertation n'était pas transposée en droit belge pour les services de communications électroniques) que l'article 4, 6° de la LSRI imposaient à l'IBPT de soumettre son projet de décision à la consultation des autres législateurs<sup>876</sup>. Selon la Cour, pour que l'IBPT soit obligé de se concerter avec les autres régulateurs, « il faut mais il suffit que l'IBPT s'apprête à adopter une décision relative soit à un réseau de communications électroniques, soit à un service de communications électroniques dont l'usage est commun à la radiodiffusion et à la télévision d'une part et aux télécommunications d'autre part »<sup>877</sup>. En d'autres termes, l'IBPT ne peut s'arroger seul le droit de décider que sa décision n'affectera pas les compétences des autres régulateurs. C'est donc toujours une approche *in abstracto* que la cour d'appel semble privilégier.

Ces trois décisions adoptées par l'IBPT avant l'entrée en vigueur de l'accord de coopération ont donc toutes été annulées, au motif que l'IBPT n'avait pas procédé à une coordination préalable avec les régulateurs communautaires. Ces arrêts marquent une évolution par rapport à l'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007<sup>878</sup>, où la cour d'appel avait alors considéré qu'il convenait de vérifier si la décision concerne l'infrastructure et les services communs à la radiodiffusion et aux autres formes de communications électroniques mais aussi s'il existe un risque de dispositions contradictoires<sup>879</sup>. Il semble que, dorénavant, la cour d'appel se borne à vérifier si la décision attaquée concerne ou non un réseau de communications électroniques<sup>880</sup>.

### c. Obligation de coopération après l'entrée en vigueur de l'accord de coopération

**251. Situation après l'entrée en vigueur de l'accord de coopération.** Dans deux arrêts concernant des décisions adoptées par l'IBPT après l'entrée en vigueur de l'accord de coopération, l'analyse de la cour d'appel porte plus particulièrement sur le caractère suffisant et le respect de la procédure mise en place par cet accord<sup>881</sup>.

<sup>874</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2009, n° 2007/AR/930.

<sup>875</sup> *Id.*, point 6.

<sup>876</sup> *Id.*, point 7.

<sup>877</sup> *Id.*, point 11.

<sup>878</sup> Bruxelles, 1<sup>er</sup> juin 2007, 2006/AR/2154, point 5. Cette évolution est clairement confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 16 mai 2012 par lequel la cour d'appel explique son revirement de jurisprudence par rapport à sa décision du 1<sup>er</sup> juin 2007.

<sup>879</sup> Voy. chronique précédente, p. 156. Cette décision a été confirmée par un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 décembre 2009, qui considère la motivation de la cour d'appel suffisante pour justifier la compétence de l'IBPT pour prendre seul la décision attaquée (Cass., 4 décembre 2009, C.08.0072. F).

<sup>880</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2012, n° 2010/AR/2003, 2010/AR/2005, 2010/AR/2290, 2010/AR/22291, 2010/AR/2303, 2010/AR/2314, point 37.

<sup>881</sup> Au sujet de cet accord, voy. également Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2012, n° 2011/AR/2289, conn. 2011/AR/2290, conn. 2011/AR/2291. La cour y rejette une demande de suspension de trois décisions de la Conférence des Régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 1<sup>er</sup> juillet 2011 concernant les marchés de radiodiffusion télévisuelle respectivement sur le territoire de la Région de langue française, de la Région de langue néerlandaise et de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale. La cour constate notamment que la création et le

L'affaire tranchée par l'arrêt du 7 mai 2009<sup>882</sup> concerne les marchés de gros relatifs à la fourniture d'accès à large bande (ex-marchés 11 et 12<sup>883</sup>). Belgacom a contesté cette décision adoptée par l'IPBT le 10 janvier 2008 en invoquant comme premier grief la violation des règles répartitrices de compétences et la coopération insuffisante avec les régulateurs communautaires. Selon l'opérateur, l'on ne peut se satisfaire d'une simple consultation des régulateurs communautaires, qui a uniquement pour but de recueillir leurs avis, alors que la décision de l'IBPT était déjà conçue. Dès lors, afin de juger si la procédure mise en place par l'accord de coopération est suffisante, la cour d'appel s'attache à en examiner le contenu.

Elle considère d'abord que cet accord rencontre les exigences des règles internes de répartition de compétences, telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle dans le domaine des télécommunications<sup>884</sup> et satisfait à l'*absolue nécessité* d'une coopération entre État fédéral et communautés<sup>885</sup>. La cour d'appel relève ensuite que l'accord de coopération impose au régulateur de communiquer le projet de décision – nécessairement élaboré – aux autres régulateurs, de prendre en considération leurs observations et de modifier son projet lorsque ces observations le justifient<sup>886</sup>. Mais la coopération ne requiert ni une association étroite entre les régulateurs pendant toute la phase d'élaboration des décisions de l'IBPT ni l'approbation des régulateurs communautaires sur les projets de décision de l'IBPT<sup>887</sup>. La cour admet par ailleurs que, dans le cadre de l'accord de coopération, le législateur fédéral a pu instaurer la présomption que le projet de décision ne porte pas atteinte aux compétences du régulateur qui ne proteste pas<sup>888</sup>. En ce qui concerne le contrôle des régulateurs consultés, celui-ci ne se limite pas à l'unique vérification que leur compétence propre est respectée par le projet de décision<sup>889</sup>. En effet, toutes les remarques sont possibles et ne doivent pas faire l'objet d'une contre-proposition motivée. L'obligation de motivation ne subsiste que pour la saisine immédiate de la CRC et pour les remarques « du point de vue de la compétence légale de celui qui transmet la remarque »<sup>890</sup>. La cour conclut donc que la procédure de consultation organisée par l'accord de coopération est suffisante<sup>891</sup> et qu'elle a été respectée en l'espèce.

Dans un arrêt du 20 juillet 2009<sup>892</sup>, la cour d'appel de Bruxelles conclut par contre au non-respect de la procédure de coopération par l'IBPT. Les faits à l'origine du litige sont toutefois fort différents : l'IBPT avait communiqué son projet de décision le 24 novembre 2008, mais « dans la plus grande précipitation », en invitant les autres régulateurs à faire part de leur réponse pour le lendemain à 15 heures. L'Institut avait justifié cette précipitation par l'attente de l'engagement ferme du Conseil des ministres de prolonger certaines licences jusqu'en 2013. Le régulateur flamand n'a

---

fonctionnement de la CRC tels qu'organisés par l'accord de coopération du 17 novembre 2006 ne réalise pas un abandon de compétences par les parties à l'accord (point 94). Selon la cour, la CRC a pu être créée comme une institution commune pour exercer ensemble des compétences propres à l'État fédéral et aux communautés (point 95).

<sup>882</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, n° 2008/AR/787.

<sup>883</sup> Désormais marchés 4 et 5.

<sup>884</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 50.

<sup>885</sup> *Id.*, point 53.

<sup>886</sup> *Id.*, point 54.

<sup>887</sup> *Id.*, point 55.

<sup>888</sup> *Id.*, point 56.

<sup>889</sup> *Id.*, point 57.

<sup>890</sup> *Id.*, point 58.

<sup>891</sup> *Id.*, point 59.

<sup>892</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 20 juillet 2009, n° 2008/AR/3162, points 41-42.

toutefois pas accepté la brièveté du délai de réaction qui lui a été laissé et n'a pas formellement accepté le projet. L'IBPT avait considéré que le fait que le régulateur n'avait pas saisi la CRC pouvait valoir comme acceptation implicite. D'après la cour, on ne peut toutefois déduire avec suffisamment de certitude un tel accord implicite d'une absence de recours dans un délai limité<sup>893</sup>. Ce défaut de réaction peut en effet se justifier par d'autres raisons, et notamment l'absence de temps pour réagir. La cour ajoute également que l'IBPT ne justifie pas adéquatement sa précipitation : il pouvait en effet communiquer le projet de décision en informant les autres régulateurs qu'il attendait des assurances du gouvernement et qu'il n'adopterait sa décision que s'il les obtenait. La méconnaissance sans justification adéquate des règles de consultation fixées par l'accord de coopération, qui place les régulateurs ou l'un d'eux dans l'impossibilité d'émettre un avis suffisamment éclairé sur les projets de décisions, constitue une atteinte aux règles répartitrices de compétence qui sont d'ordre public.

### 3. Police générale des ondes et coordination des fréquences

**252. Police générale des ondes et coordination des fréquences.** Par un décret du 29 février 2008, la Communauté française avait adopté certaines mesures transitoires destinées à faciliter la mise en place de son plan de fréquences radio<sup>894</sup>. La Communauté flamande avait introduit un recours en annulation contre ces dispositions, en invoquant que les mesures transitoires de ce décret auraient eu pour effet de rendre impossible l'application des articles 13 à 17 de la LCE relatives à la gestion des radiofréquences et l'exercice par l'État fédéral de la police générale des ondes. La Cour constitutionnelle a tranché ce litige par un arrêt du 16 juillet 2009<sup>895</sup>. En ce qui concerne le premier moyen, qui porte sur la violation des articles 127 de la Constitution et 4, 6° de la LSRI, la Cour rappelle sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle les communautés sont compétentes pour régler les aspects techniques des émissions de radio et de télévision en tant qu'ils sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision. La Cour ajoute que cette compétence emporte aussi celle d'attribuer les fréquences, dans le respect des normes techniques qui sont du ressort du fédéral. Comme la Cour l'avait déjà explicité dans son arrêt 1/91, elle relève que l'autorité fédérale assure la police générale des ondes, qui inclut l'élaboration des normes techniques et la surveillance. En l'espèce, la Cour considère que la disposition attaquée n'a pas violé les dispositions constitutionnelles dans la mesure où elle n'empêche ni la Communauté flamande ni l'État fédéral d'exercer leurs compétences. Quant au second moyen, portant sur la violation de l'article 17 de la LCE, la Cour conclut qu'il ne s'agit pas d'une règle répartitrice de compétence au regard de laquelle la constitutionnalité d'une loi peut être examinée.

C'est d'ailleurs au sujet de la constitutionnalité de l'article 17 de la LCE que la Cour constitutionnelle s'est prononcée dans son arrêt du 23 juin 2011<sup>896</sup>. La question posée à la Cour par le Conseil d'État était la suivante : l'article 17 de la LCE, en ce qu'il prévoit l'obligation de conclure un accord

<sup>893</sup> *Comp. Bruxelles*, 7 mai 2009, précité, dans lequel la cour considère que l'absence de réaction d'un régulateur sur un projet de décision *dans les délais* prévus par l'accord de coopération peut valoir présomption d'absence d'atteinte aux compétences de ce régulateur.

<sup>894</sup> Décret de la Communauté française du 29 février 2008 modifiant les titres I<sup>er</sup>, III, VI, IX et XI du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *M.B.*, 4 avril 2009.

<sup>895</sup> Cour const., 16 juillet 2009, n° 116/2009.

<sup>896</sup> Cour const., 23 juin 2011, n° 112/2011.

entre l'État fédéral et les communautés pour la coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion, viole-t-il les règles répartitrices de compétence ? En principe, comme le rappelle la Cour<sup>897</sup>, les règles répartitrices de compétence s'opposent à ce qu'une loi ordinaire subordonne à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice d'une compétence fédérale, et *a fortiori* une compétence communautaire. Toutefois, la Cour indique qu'en l'espèce, il convient de s'écarter de ce principe en raison des éléments suivants :

- le principe de proportionnalité qui exige que les communautés et l'État fédéral exercent leurs compétences respectives en coopération<sup>898</sup> ;
- l'obligation de transposer la directive « cadre » ;
- le fait que l'article 17 de la LCE a lui-même fait l'objet d'une coordination avec les communautés, via le Comité de concertation<sup>899</sup>.

La Cour conclut donc à la conformité de la disposition en cause aux règles de répartition des compétences. Cette conclusion n'est pas surprenante au vu de sa jurisprudence en la matière. En effet, l'article 17 de la LCE n'est que la concrétisation par le législateur de la coopération imposée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (arrêts 132/2004, 129/2005)<sup>900</sup>. Toutefois, si la Cour conclut à la non-violation, elle cadre cependant son interprétation en indiquant que « ce constat ne vaut toutefois qu'à propos de la coordination des radiofréquences destinées à la radiodiffusion, visée en B.3.2. »<sup>901</sup>. Au point B.3.2., la Cour rappelle que la police générale des ondes inclut la compétence « de coordonner les radiofréquences destinées à la radiodiffusion dans la mesure où l'utilisation de celles-ci peut entraîner des interférences avec des radiofréquences utilisées à d'autres fins que la radiodiffusion ou par d'autres émetteurs de radiodiffusion relevant de la compétence d'une autre communauté. Toutefois, l'exercice de cette compétence doit être réglé de façon telle qu'il ne porte pas atteinte à la compétence des communautés auxquelles est en principe confiée la matière de la radiodiffusion. Il s'ensuit que la coordination des fréquences destinées à la radiodiffusion n'est pas requise lorsqu'il s'agit de l'attribution d'une fréquence qui n'est pas susceptible de causer de telles perturbations ». En d'autres termes, formulée de manière positive, la position de la Cour est la suivante : une coordination n'est requise que pour les fréquences susceptibles de causer des interférences avec des radiofréquences utilisées à d'autres fins que la radiodiffusion ou par d'autres émetteurs de radiodiffusion relevant de la compétence d'une autre communauté. Néanmoins, dans son arrêt du 23 juin 2011, la Cour ne donne aucune explication concrète sur la manière d'identifier ces fréquences susceptibles de causer de telles perturbations<sup>902</sup>.

<sup>897</sup> *Id.*, point B.4.

<sup>898</sup> *Id.*, points B.5. et B.6.2.

<sup>899</sup> *Id.*, point B.6.4. Voy. le projet de loi relatif aux communications électroniques, *Doc. parl.*, Chambre, session ord. 2004-2005, n° 1425/015.

<sup>900</sup> *Cf. supra* C.3.

<sup>901</sup> Cour const., 23 juin 2011, n° 112/2011, B.6.3.

<sup>902</sup> Suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle, le Conseil d'État s'est prononcé sur la demande en suspension introduite par la RTBF et la Communauté française dans son arrêt n° 220.509 du 4 septembre 2012. Il y apprécie *in concreto* quelles sont les fréquences susceptibles de perturbation. Selon le Conseil d'État, « l'obligation de conclure un accord de coopération, visée à l'article 17 [LCE], porte sur la coordination de fréquences qui peuvent raisonnablement être réputées provoquer des perturbations ». Il ne suffit cependant pas qu'une communauté soutienne simplement qu'une fréquence peut être perturbée, il faut encore que les communautés s'accordent pour constater que certaines fréquences sont effectivement perturbatrices. À défaut d'un tel accord seront considérées comme perturbatrices « les fréquences pour lesquelles une communauté ou un radiodiffuseur déterminé pourra démon-

Toujours en ce qui concerne la police générale des ondes, par un arrêt du 28 janvier 2010, la cour d'appel de Bruxelles a souligné que cette compétence «appartient uniquement au législateur fédéral pour permettre l'intégration de chacune des ondes électriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et afin d'éviter les perturbations mutuelles. La notion de police générale des ondes radioélectriques trouve sa pleine justification dans la nécessité technique impérieuse de confier à un seul organisme, notamment, la gestion centralisée du spectre des ondes radioélectriques, l'allocation des fréquences en tant que ressource rare, l'évaluation des besoins en la matière par rapport aux utilisations et par rapport aux utilisateurs et la nécessité d'effectuer des contrôles pour éviter des perturbations»<sup>903</sup>. Dans cette affaire, la cour d'appel de Bruxelles devait examiner le paiement de redevances pour les liaisons fixes imposé par l'IBPT à ContactSat. Dès lors que ces liaisons fixes n'appliquent pas des fréquences attribuées aux communautés et qu'elles ne constituent pas un accessoire technique indispensable à la transmission de contenus radiophoniques, la cour d'appel considère que l'État fédéral n'a pas méconnu les compétences des communautés<sup>904</sup>.

Par un autre arrêt du 20 juillet 2009, la cour d'appel de Bruxelles a rappelé que l'IBPT dispose d'une compétence générale pour gérer le spectre. Cette compétence de gérer le spectre emporte celle de renoncer, dans le délai prescrit par arrêté royal<sup>905</sup>, à la prolongation tacite des autorisations accordées aux opérateurs, et ce même si cette faculté est réservée par le même arrêté au ministre compétent ainsi qu'à l'opérateur titulaire de l'autorisation. Cette renonciation est en effet un acte de gestion qui ne requiert pas l'adoption d'un arrêté royal préalable pour en déterminer les modalités générales d'exercice<sup>906</sup>.

## D. Aspects institutionnels

### 1. L'obligation de motivation de leurs décisions par les ARN

**253. Obligation de motivation.** Au sujet de l'obligation de motivation prévue par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs<sup>907</sup>, la cour d'appel de Bruxelles a précisé qu'«une motivation qui repose uniquement sur des estimations des répondants à la consultation publique préalable à l'adoption d'une décision est insuffisante». Ainsi ne peut être considéré comme une motivation valable au sens de cette loi «le fait de constater, sans plus, qu'il est "raisonnable" d'estimer [une] crainte [de l'opérateur puissant] non fondée» en se fondant exclusivement sur, d'une part, le constat non adéquat et pertinent qu'aucun répondant n'a estimé qu'une mesure influait sur les ressources à mettre en œuvre par l'opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché et «donc» n'ayant aucun impact sur la charge de

---

trer, sur la base de ses propres calculs ou mesures, ou sur la base de calculs ou de mesures effectués par des tiers, qu'elles peuvent raisonnablement être réputées provoquer des perturbations» (point 25).

<sup>903</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 28 janvier 2010, n° 2007/AR/3055, points 39-41.

<sup>904</sup> *Id.*, point 39.

<sup>905</sup> En l'absence d'arrêté royal de mise en œuvre de l'article 18, § 2 de la LCE, la cour reconnaît que l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM demeure d'application pour fixer les conditions de forme et de fond dans lesquelles l'IBPT peut renoncer à cette tacite reconduction.

<sup>906</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 20 juillet 2009, précité, point 28.

<sup>907</sup> *M.B.*, 12 septembre 2011.

travail de ce dernier, et, d'autre part, sur le fait qu'une crainte de l'opérateur puissant n'était pas « partagée » par les bénéficiaires<sup>908</sup>.

L'IBPT doit être en mesure d'apporter à la cour les documents et/ou explications permettant davantage à cette dernière de contrôler si des données indispensables sur lesquelles une décision repose sont basées sur des éléments objectifs et vérifiables. Il appartient en effet à l'IBPT, en particulier lorsqu'il s'agit de données fournies par un opérateur et sur lesquelles la décision repose mais qui sont considérées comme strictement confidentielles par l'IBPT et dès lors ne sont pas soumises à la contradiction, de « préciser au moins comment il apprécie et par quels moyens il s'assure de l'objectivité et de la fiabilité de données unilatérales provenant de [ce dernier opérateur] »<sup>909</sup>.

## 2. L'indépendance des ARN<sup>910</sup>

**254. Indépendance et non-discrimination.** La Cour constitutionnelle a été interrogée sur la compatibilité des dispositions légales reconnaissant l'indépendance de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG)<sup>911</sup>, le régulateur fédéral des marchés de l'électricité et du gaz, avec les articles 10 et 11, combinés ou non avec les articles 33 et 37, de la Constitution. La question centrale était de déterminer si le destinataire d'une décision de la CREG, dont la direction n'est pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ne ferait pas l'objet d'une différence de traitement injustifiée par rapport au destinataire d'une décision des autorités administratives dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif dans la mesure où les décisions de la CREG échappent au contrôle du pouvoir exécutif et, par conséquent, à la possibilité d'assumer devant la Chambre des représentants la responsabilité politique des actes qu'elle pose.

Dans sa décision, qui nous semble transposable au statut des autorités belges de régulation du secteur des communications électroniques, la cour relève que la large autonomie dont bénéficie la CREG « n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative » et que cette autorité a été « instituée dans le but d'accomplir certaines missions que le législateur souhaitait soustraire à l'autorité du Gouvernement fédéral »<sup>912</sup>. L'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative sur les pouvoirs de la CREG n'est pas contraire à la Constitution, le législateur ayant la liberté « dans une matière technique déterminée, [de] confie[r] des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle

<sup>908</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 6 octobre 2009, n° 2006/AR/2823, p. 11.

<sup>909</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 22 avril 2010, n° 2008/AR/2211, point 9.

<sup>910</sup> Sur l'indépendance des ARN et la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation en matière de communications électroniques (article 3, § 2 de la directive « cadre », non amendé en 2009), voy. C.J.C.E., 6 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, C-82/07. Sur le concept de « totale indépendance » des autorités de protection des données (article 28, § 1<sup>er</sup> de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281/31, 23 novembre 1995), voy. C.J.U.E., 9 mars 2010, *Commission c. Allemagne*, C-518/07, commenté *infra*, chapitre III.A.3, n° 140. Voy. aussi C.J.U.E., 16 octobre 2012, *Commission c. Autriche*, C-614/10, qui sera abordé dans la prochaine édition de cette chronique.

<sup>911</sup> Articles 23, § 2, alinéa 2, 15°, et 31 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

<sup>912</sup> Cour const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.4.

parlementaire». Les actes administratifs de la CREG peuvent en effet faire l'objet d'un contrôle effectif devant une juridiction indépendante et impartiale (la cour d'appel de Bruxelles depuis le 1<sup>er</sup> février 2006) et il existe un contrôle parlementaire sur les missions et le fonctionnement de la CREG<sup>913</sup>. Le degré élevé d'autonomie du régulateur découle en effet des exigences du droit de l'Union européenne<sup>914</sup>.

### 3. Droit d'être entendu par l'ARN

**255. Droit d'être entendu.** L'article 19 de la loi IBPT-statut, qui impose à l'Institut d'offrir la possibilité à toute personne directement et personnellement concernée par une décision d'être entendue au préalable, n'impose pas que la personne concernée soit entendue oralement<sup>915</sup>. Lorsqu'un projet de décision diffère sensiblement de celui présenté dans une version antérieure, il doit être à son tour soumis à consultation de son destinataire<sup>916</sup>. La constatation d'une éventuelle violation du caractère contradictoire de la procédure administrative, des droits de la défense ou du principe général de droit administratif « *audi alteram partem* » n'est toutefois pas de nature à fonder, par elle-même, l'annulation d'une décision de l'IBPT dans la mesure où son destinataire a la possibilité de développer tous ses arguments et contestations dans le cadre de son recours devant la cour d'appel de Bruxelles<sup>917</sup>, qui dispose d'une compétence de pleine juridiction<sup>918</sup>.

### 4. Recours contre les décisions des ARN et de l'IBPT en particulier

#### a. Intérêt au recours

**256. L'entreprise « affectée ».** Suivant l'article 4, § 1<sup>er</sup> de la directive « cadre », les États membres doivent garantir le droit à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques et qui est *affecté(e)* par une décision prise par une ARN, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. D'après la Cour de justice, cette disposition doit être interprétée largement et « profite non seulement à l'opérateur *directement* concerné par une décision du régulateur national mais également à ceux dont les droits sont *potentiellement* affectés par cette décision, même s'ils n'en sont pas les destinataires et s'ils ne sont pas concernés directement et individuellement par elle »<sup>919</sup>.

**257. Intérêt au recours de l'opérateur alternatif.** La Cour de cassation en déduit que ce type de recours, prévu à l'article 2 de loi IBPT-recours, « est ouvert non seulement à l'opérateur puissant mais également à l'opérateur alternatif et que le juge national doit vérifier que le droit procédural interne assure la sauvegarde des droits que puise, dans l'ordre juridique communautaire, cette entreprise concurrente de la première »<sup>920</sup>. La cour d'appel a ainsi conclu que chaque opérateur de téléphonie mobile a qualité et justifie d'un intérêt pour former un recours contre une décision

<sup>913</sup> *Id.*, B.5. à B.7.

<sup>914</sup> *Id.*, B.8.

<sup>915</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 19 mars 2010, n° C.08.0048.F, p. 11.

<sup>916</sup> Bruxelles, 20 juillet 2009, précité, points 31-32.

<sup>917</sup> Bruxelles, 19 mai 2009, précité, point 173 ; Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, n° 2006/AR/2332, 2006/AR/2628, 2006/AR/2629, 2007/AR/3394, 2008/AR/425 et 2008/AR/427, point 32.

<sup>918</sup> Voy. *infra*, point 4, b, n° 260.

<sup>919</sup> C.J.C.E., 21 février 2008, C-426/05 (nous soulignons). Sur cet arrêt, voy. chronique précédente, pp. 143-144.

<sup>920</sup> Cass., 23 avril 2009, n° C.06.0296.F, p. 18.

du régulateur au sujet des charges de terminaison (ancien marché 16) « en tant que bénéficiaire direct des règles communautaires destinées à promouvoir la concurrence dans le domaine des télécommunications et des dispositions de droit national qui les transposent ». Et ceci vaut pour tous les aspects de la décision : la définition de chaque marché, la désignation des opérateurs puissants ainsi que l'imposition des remèdes, en ce compris la fixation des obligations tarifaires imposées au requérant mais également de celles imposées aux autres opérateurs dès lors que tous ces opérateurs entretiennent des relations contractuelles synallagmatiques dans lesquelles les remèdes imposés interfèrent nécessairement sur les droits et obligations réciproques qu'ils peuvent invoquer entre eux<sup>921</sup>.

**258. Intervention volontaire.** Un opérateur alternatif peut en outre intervenir devant la cour d'appel saisie du recours introduit par l'opérateur puissant et « cette intervention n'est pas subordonnée à la démonstration, par le requérant, qu'il est concerné directement et individuellement par la décision [de l'IBPT] »<sup>922</sup>. Néanmoins l'opérateur qui intervient volontairement dans le recours en annulation formé par un autre opérateur « ne peut ni invoquer d'autres moyens d'annulation que ceux du requérant, ni former une demande distincte de celle du requérant ou étendre la demande originaire du requérant car il serait, par hypothèse, hors délai et parce que les décisions de l'IBPT sont attaquées par le dépôt d'une requête en annulation au greffe de la cour »<sup>923</sup>. Si un recours est limité à certains points de la décision attaquée, dont l'annulation et l'éventuelle réformation n'affecteraient pas directement les droits d'un certain opérateur, il ne pourrait être exclu qu'au cas où la cour devait accéder à la demande, l'IBPT décide de rétracter l'acte attaqué *dans son ensemble*, ce qui pourrait affecter les intérêts de ce dernier opérateur<sup>924</sup>.

**259. Recours contre une mise en demeure.** Une lettre de mise en demeure adressée par l'IBPT à un opérateur en application de l'article 21 de la loi IBPT-statut est un acte administratif indépendant et critiquable en droit, même si la procédure d'infraction n'est pas clôturée, dès lors qu'il modifie la situation juridique de cet opérateur dans la mesure où (i) une obligation est jugée applicable à ce dernier, (ii) une violation de cette obligation est constatée dans son chef et (iii) il est mis en demeure de régulariser sa situation<sup>925</sup>.

#### *b. Contrôle juridictionnel (pleine juridiction et rétroactivité)*

**260. Compétence de pleine juridiction.** La compétence *de pleine juridiction* dont dispose la cour d'appel de Bruxelles dans le cadre des recours formés à l'encontre de décisions de l'IBPT (article 2, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> de la loi IBPT-recours) l'autorise à (i) statuer au fond et (ii) à réformer une décision du régulateur<sup>926</sup>. La cour peut ainsi non seulement annuler une décision de l'IBPT pour incompétence, violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, défaut de moti-

<sup>921</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 28.

<sup>922</sup> Cass., 23 avril 2009, précité, p. 18. Voy. également dans ce sens Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, n° 2008/AR/787, point 30.

<sup>923</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 20 juillet 2009, précité, points 14-15.

<sup>924</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> avril 2010, n° 2009/AR/1497, point 25.

<sup>925</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2009, n° 2007/AR/2742, points 30 et 31.

<sup>926</sup> *Doc. parl.*, Chambre, session 50, n° 1937/001, exposé des motifs, cité dans Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité. Au sujet de l'étendue de cette compétence, voy. notamment C. SCHURMANS, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation dans le secteur des communications électroniques en Belgique », *R.D.T.I.*, 2007/27, p. 67 ainsi que X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Larcier, 2010, §§ 173 à 194 et 310 à 325.

vation adéquate ou encore détournement de pouvoir, mais également réformer l'acte condamné pour le soustraire, ainsi réformé, à l'annulation.

Mais pour ce faire, «encore faut-il que la Cour puisse substituer sa décision à l'acte attaqué sur la base des éléments versés au dossier sans heurter le principe de la séparation des pouvoirs en privant l'IBPT (...) de son pouvoir d'appréciation, ni méconnaître les dispositions des nouvelles directives<sup>927</sup> qui édictent des obligations d'information et de coopération non équivoques» à la charge de l'IPBT<sup>928</sup>. Pour chaque grief soulevé par le requérant, la cour aura dès lors à «déterminer si elle doit se limiter à un contrôle de légalité de la décision attaquée ou si elle est habilitée à substituer son appréciation à celle de l'IBPT», en fonction de l'existence ou non d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le chef de ce dernier<sup>929</sup>. Relève ainsi notamment du pouvoir d'appréciation de l'IBPT, auquel ne peut se substituer la cour, la détermination des obligations appropriées à imposer à un opérateur identifié comme puissant sur un marché donné<sup>930</sup>. La cour précise en outre que le pouvoir de réformation, bien que légalement ouvert contre toute décision du régulateur, ne peut s'appliquer en cas d'annulation d'un acte ou de dispositions à caractère réglementaire (et non de portée individuelle)<sup>931</sup>.

Par ailleurs, la cour ne peut en aucun cas se substituer à l'IBPT lorsque la décision du régulateur doit être précédée de conditions de forme substantielles ou prescrites à peine de nullité. Une telle substitution ne peut s'opérer que «pour autant que cette substitution puisse s'accomplir sans porter atteinte à une règle de procédure ou de concertation qui présidait à l'adoption de ladite décision par l'IBPT elle-même». La cour ne pourrait non plus se substituer à l'IBPT lorsque ce dernier a adopté une décision individuelle alors qu'il n'en avait pas la compétence<sup>932</sup>.

**261. Étendue du contrôle juridictionnel.** Cette compétence de pleine juridiction fonde la cour, qui statue en fait, à «prendre en considération toutes les données factuelles pertinentes et toutes les règles de droit applicables, au moment de l'adoption de la décision, pour répondre aux moyens des parties»<sup>933</sup>. La partie requérante peut ainsi lui soumettre toutes ses contestations et pièces. Ses critiques ne peuvent toutefois être utilement basées sur des documents qui sont postérieurs à la décision attaquée et dont le contenu n'était donc pas accessible à l'IBPT lors de son adoption<sup>934</sup>. La cour peut quant à elle ordonner au régulateur la production de pièces complémentaires<sup>935</sup>. Cette dernière peut décider, à la lumière des contestations qu'elle jugerait pertinentes, que les motifs de la décision ne sont pas admissibles et annuler la décision de ce chef.

<sup>927</sup> La cour se réfère ici aux directives adoptées en 2002.

<sup>928</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 18 juin 2004, 2003/AR/2240, n° 64, cité dans Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 293.

<sup>929</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 mai 2006, 2004/AR/174, n° 15, cité dans Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 293. Voy. également Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2009, précité, point 27.

<sup>930</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 293.

<sup>931</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 14 octobre 2004, n° 2003/AR/2463, point 49, cité dans Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 293.

<sup>932</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, points 293 et 294. La cour élabore ici sur sa jurisprudence antérieure dans son arrêt du 15 octobre 2004, R.G. n° 2003/AR/1644.

<sup>933</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 291. Voy. également Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2009, précité, point 27.

<sup>934</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> avril 2010, n° 2009/AR/1497, point 32.

<sup>935</sup> Il appartient à l'IBPT de transmettre un inventaire et un dossier complet des pièces de son dossier (Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 2009/AR/3015, point 22).

La cour « peut donc, malgré le principe de la séparation des pouvoirs qui lui interdit de substituer son appréciation à celle de l'IBPT ou ses motifs à ceux de l'IBPT, vérifier si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, l'IBPT a procédé à une appréciation raisonnable des faits. Si les contestations de la partie requérante sont sérieuses, la cour devra nécessairement considérer que l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation »<sup>936</sup>.

**262. Principe dispositif.** Nonobstant son pouvoir de pleine juridiction, la Cour doit néanmoins respecter les limites du débat judiciaire et doit dès lors, sous réserve des moyens d'office touchant à l'ordre public et de l'interprétation qu'il conviendrait d'accorder aux moyens soulevés devant elle, limiter son examen aux griefs invoqués, aux moyens de défense de la partie adverse, voire aux moyens développés à l'appui d'une intervention volontaire<sup>937</sup>. Enfin, elle ne peut statuer *ultra petita* et accorder plus que ce qui est demandé par la partie requérante. Lorsque la cour postule uniquement l'annulation d'une décision du régulateur, la cour ne peut remplacer la décision annulée par de nouvelles dispositions<sup>938</sup>.

**263. Effets de l'annulation.** L'annulation totale ou partielle d'une décision du régulateur par la cour d'appel opère *erga omnes* et agit en règle avec effet rétroactif « puisqu'elle suppose la reconnaissance de son illégalité »<sup>939</sup>. La loi IBPT-recours n'habilite aucunement la cour d'appel à maintenir dans le temps une décision de l'Institut qu'elle a annulée, en tout ou en partie, ou encore limiter dans le temps les effets de l'annulation qu'elle prononce. Dès lors, la cour « ne pourrait, sans violer le principe supérieur de légalité consacré dans l'article 159 de la Constitution (...), permettre à une décision administrative illégale de l'IBPT, dont elle a constaté l'illégalité et prononcé l'annulation, de conserver des effets dans le temps »<sup>940</sup>. Faire perdurer les effets d'un tel acte pour le passé, voire pour l'avenir, serait par ailleurs contraire au droit de l'opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché de « ne pas se voir opposer, par l'IBPT, une décision illégale pour l'éventuelle constatation d'une infraction, ou par des tiers, qui pourraient avoir un intérêt à revendiquer le caractère contraignant de l'acte annulé dans le cadre d'éventuels litiges » et pourrait également contrarier le droit de cet opérateur à la réparation du préjudice qu'il aurait subi en raison de cette décision illégale<sup>941</sup>.

<sup>936</sup> Bruxelles, 20 juillet 2009, points 31-32.

<sup>937</sup> Voy. également Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 avril 2006, n° 2005/AR/296 et 588, points 82 et s.

<sup>938</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 291.

<sup>939</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2004, n° 2003/AR/1664, point 27.

<sup>940</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, points 297 à 301. Comme l'indique toutefois le point 298 de cet arrêt, cette possibilité est toutefois bien ouverte à la Cour constitutionnelle, qui est légalement autorisée à restreindre, par voie de disposition générale, les effets rétroactifs de l'annulation des lois et des décrets décidée par elle, c'est-à-dire de limiter, pour le passé et le cas échéant pour l'avenir, l'effet d'anéantissement qui découle de l'annulation qu'elle prononce (art. 8 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle). Voy. à ce sujet Bruxelles, 16 mai 2012, n° 2010/AR/2003, 2010/AR/2005, 2010/AR/2290, 2010/AR/2291, 2010/AR/2303 et 2010/AR/2314, dans lequel la cour pose une question préjudicielle à ce sujet à la Cour constitutionnelle afin de déterminer si les articles 2 et 3 de la loi IBPT-recours violent les articles 10 et 11 de la Constitution « en tant qu'ils n'autorisent pas la Cour à maintenir temporairement certains effets des décisions de l'IBPT qu'elle annule alors que la sécurité juridique exigerait un tel maintien, et alors que si le recours à l'encontre de la même décision administrative était porté devant le Conseil d'État cette juridiction pourrait indiquer ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement dans le délai qu'il détermine ».

<sup>941</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 302.

Néanmoins une autorité administrative, telle que l'IBPT, dont une décision individuelle a été annulée peut, dans certains cas, remédier elle-même au vide créé par le caractère rétroactif de l'annulation en adoptant une nouvelle décision à laquelle elle peut légalement conférer un effet rétroactif. Il relève dès lors de la compétence de l'IBPT « d'apprécier, dans le respect de la décision de la cour, s'il y a lieu pour lui d'adopter une nouvelle décision, les conditions dans lesquelles il pourra l'adopter et s'il lui est permis de lui conférer un caractère rétroactif conformément aux principes dégagés par le Conseil d'État »<sup>942</sup>.

Le législateur est venu par la suite confirmer la compétence de l'IBPT d'adopter des décisions rétroactives suite à l'annulation d'une de ses décisions, en insérant à l'article 14, § 2 de la loi IBPT-statut un sixième paragraphe habilitant l'Institut à « 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 »<sup>943</sup>.

### **5. La consultation nationale<sup>944</sup> et la consolidation du marché intérieur par les procédures de la « consultation européenne »<sup>945</sup>**

**264. Effets juridiques des observations adressées aux ARN<sup>946</sup>.** Ni les observations formulées par la Commission européenne en vertu de l'article 7, § 3 de la directive « cadre », ni la pratique des autres ARN ou enfin les recommandations du Groupe des régulateurs européens (GRE)<sup>947</sup>, en réponse à la notification d'un projet de mesure relevant de l'article 16, § 4 de la directive « cadre », ne produisent d'effets juridiques contraignants pour l'ARN<sup>948</sup>. L'obligation générale faite aux ARN de contribuer au développement du marché intérieur en coopérant entre elles et avec la Commission européenne de manière transparente afin de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes et à l'application cohérente du cadre réglementaire (article 7, § 2 lu en combinaison avec l'article 8, § 3, d) de la directive « cadre ») ne peut remettre en cause cette conclusion dès lors que cette obligation doit être interprétée de manière à la rendre compatible avec l'article 7, § 5 de la directive « cadre ». Il appartient donc à l'IBPT d'apprécier, dans le cadre de ses compétences territoriales, s'il doit s'aligner sur une position commune des ARN ou sur une

<sup>942</sup> *Id.*, points 297 et 303. Comme le relève la cour, le Conseil d'État n'admet en effet qu'il soit dérogé au principe général de non-rétroactivité des actes administratifs que dans certains cas, qui sont fonction notamment de la nature ou de l'objet de l'acte à refaire ou de la compétence mise en œuvre. La cour renvoie notamment à M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 446 et s. et surtout pp. 727 et s.

<sup>943</sup> Loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 4 juin 2009, article 2.

<sup>944</sup> Article 6 de la directive « cadre ».

<sup>945</sup> Articles 7 et 7bis de la directive « cadre ».

<sup>946</sup> Voy. aussi chronique précédente, pp. 144-145.

<sup>947</sup> Le GRE a été remplacé par l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), institué par le règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office, *J.O.U.E.*, L 337, 18 décembre 2009.

<sup>948</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 61. Voy. également Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 98, qui rappelle qu'une orientation prônée par la Commission européenne et préconisée par le GRE, telle que la symétrie tarifaire, n'est pas un principe de tarification et peut être imposée si aucune règle du cadre réglementaire ne la prévoit.

« jurisprudence d'avis » jugée suffisamment claire, précise et stable de la Commission européenne que « dans la mesure et pour autant qu'il puisse raisonnablement considérer, au terme d'une analyse sérieuse menée *in concreto*, qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter au vu des circonstances nationales qu'il est le plus apte à apprécier »<sup>949</sup>.

**265. Pouvoir de « veto » de la Commission européenne.** En vertu de l'article 7, § 5 (antérieurement 7, § 4) de la directive « cadre », la Commission peut adopter une décision exigeant de l'ARN de retirer un projet de mesure qui, dans le cadre de la procédure d'analyse de marchés en vue d'imposer ou de modifier des obligations à une entreprise disposant d'une puissance significative sur le marché concerné, entend définir un marché spécifique, non pris en compte préalablement par une recommandation de la Commission, ou entend désigner (ou non) une entreprise comme puissante (pouvoir de veto)<sup>950</sup>.

Cette décision de veto constitue un acte ayant des effets juridiques obligatoires et susceptible de recours<sup>951</sup>. Jusqu'en septembre 2012, la Commission européenne a seulement adopté sept décisions de veto, concernant dix notifications de projets de mesures. Une de ces décisions<sup>952</sup>, adoptée contre le régulateur polonais, a été attaquée en annulation au nom du président de l'ARN polonaise devant le Tribunal de l'Union européenne<sup>953</sup>. Ce dernier a déclaré le recours irrecevable<sup>954</sup> : en effet, le recours a été introduit par des conseils juridiques qui, même si en Pologne ces personnes exercent en principe des activités d'avocat, se trouvaient dans une relation d'emploi avec le régulateur polonais, ce qui ne respecte pas les exigences en matière d'indépendance du représentant d'une partie autre que les États membres et les institutions de l'Union, posés par le statut et le règlement de procédure de la Cour<sup>955</sup>. Aucune décision au fond n'a donc jusqu'ici été rendue par les juridictions européennes au sujet d'une décision de veto de la Commission.

**266. Procédure de consultation nationale et de consolidation du marché intérieur et la réglementation des nouveaux marchés.** Dans le cadre de l'affaire C-424/07, *Commission c. Allemagne*, la Cour de justice a constaté que la réglementation allemande prévoyant le principe

<sup>949</sup> *Ibid.*, point 61.

<sup>950</sup> Notons qu'une procédure d'analyse de marché comporte trois étapes : 1° recensement et définition des marchés pertinents, 2° analyse des marchés et désignation des entreprises puissantes, 3° imposition d'obligations en vue du développement d'une concurrence effective aux entreprises disposant d'une puissance significative sur un marché (articles 14, 15 et 16 de la directive « cadre » ; article 8 de la directive « accès » ; article 17 de la directive « service universel »). Ces trois étapes sont soumises à la procédure de commentaires de l'article 7, § 3. Néanmoins, la Commission dispose uniquement d'un droit de veto dans le cadre des deux premières étapes (article 7, §§ 4 et 5 de la directive « cadre ») alors qu'en matière d'obligations, elle dispose seulement du pouvoir d'adopter une recommandation demandant à l'ARN de modifier ou de retirer le projet de mesure (art. 7*bis* de la directive « cadre »).

<sup>951</sup> T.P.I. (ord.), 12 décembre 2007, *Vodafone*, T-109/06, point 103 et T.P.I.C.E. (ord.), 22 février 2008, *Base*, T-295/06, point 73.

<sup>952</sup> Décision C(2010)1234 de la Commission du 3 mars 2010 conformément à l'article 7, paragraphe 4 de la directive 2002/21/CE (retrait de projets de mesures notifiés), affaire PL/2009/1019 : marché de gros national de l'échange de trafic IP (transit IP), affaire PL/2009/1020 : marché de gros national de l'échange de trafic IP (peering IP) avec le réseau de Telekomunikacja Polska S.A. Pour plus d'informations sur les procédures des articles 7 et 7*bis* (en ce compris les décisions de la Commission), voy. [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecommm/implementation\\_enforcement/eu\\_consultation\\_procedures/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/implementation_enforcement/eu_consultation_procedures/index_en.htm).

<sup>953</sup> T.U.E. (ord.), 23 mai 2011, *UKE c. Commission*, T-226/10.

<sup>954</sup> Depuis lors, l'ordonnance a été confirmée par C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et Pologne c. Commission*, C-422/11 P et C-423/11 P.

<sup>955</sup> T.U.E. (ord.), 23 mai 2011, *UKE c. Commission*, T-226/10, points 12 à 24.

de la non-réglementation des nouveaux marchés. Même si à titre exceptionnel l'ARN peut, dans certaines circonstances, quand même décider de soumettre ces marchés à réglementation, ce principe limite le pouvoir discrétionnaire de l'ARN de définir et d'analyser des marchés (voy. *infra*, F.2, a, n<sup>os</sup> 276 à 278). Dans ce contexte, la Cour a jugé que « la limitation du pouvoir de l'ARN de soumettre des marchés nouveaux à la définition et à l'analyse de marché implique nécessairement le non-respect dans certaines circonstances des procédures prévues aux articles 6 et 7 de la directive "cadre" »<sup>956</sup>.

**267. Procédure de consolidation du marché intérieur et la procédure en infraction de l'article 258 TFUE.** La procédure particulière de consolidation du marché intérieur prévue par l'article 7 de la directive « cadre » ne peut pas déroger ni se substituer aux compétences de la Commission en matière de procédure en infraction introduite sur base de l'article 226 CE (depuis lors devenu l'article 258 TFUE) contre un manquement par un État membre aux dispositions d'une directive<sup>957</sup>.

## 6. Obligations de notification pesant sur les États membres

**268. Notifications nationales et contrôle par la Commission de la transposition.** Selon l'article 28, § 3 de la directive « cadre », « les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive, ainsi que de toute modification ultérieure de ces dispositions ». Selon la Cour de justice, les États membres sont tenus de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission de veiller au respect des dispositions prises par les institutions en vertu du Traité. Les notifications sur base de l'article 28, § 3 contribuent à cette obligation en permettant à la Commission de vérifier si les dispositions nationales sont de nature à garantir la mise en œuvre effective de la directive transposée<sup>958</sup>.

## E. L'entrée sur le marché

### 1. L'autorisation générale

**269. L'autorisation générale comme source en tant que telle de droits et d'obligations.** L'article 6, § 1<sup>er</sup> de la directive « autorisation » prévoit que l'autorisation générale s'appliquant à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques peut être soumise uniquement aux conditions énumérées à la partie A de l'annexe à la directive. Le point A, 3 de l'annexe prévoit qu'assurer l'interopérabilité des services et l'interconnexion des réseaux conformément à la directive « accès », peut faire partie des conditions dont peut être assortie l'autorisation générale. Dans l'affaire C-192/08, *TeliaSonera Finland*, la Cour de justice a dit pour droit qu'en soi l'article 6, § 1<sup>er</sup> (qui renvoie à l'annexe A.3 qui à son tour renvoie à la directive « accès ») ne saurait fonder des obligations en matière d'interconnexion et que c'est la directive « accès » qui détermine les droits et obligations en matière d'interconnexion et qui fixe le cadre dans lequel se

<sup>956</sup> C.J.U.E., 3 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-424/07, point 106. Sur cette affaire, voy. également point B.3, n<sup>os</sup> 245 à 246 et point F.2, a, n<sup>os</sup> 276 à 278.

<sup>957</sup> *Id.*, point 36.

<sup>958</sup> C.J.C.E., 22 janvier 2009, *Commission c. République de Pologne*, C-492/07, points 17 à 19. Sur cette affaire, voy. également point B.1, a, n<sup>os</sup> 240 et 241.

déroulent les négociations ou se déterminent les obligations à mettre à la charge des entreprises de communications électroniques en la matière<sup>959</sup>.

**270. Taxes administratives imposées au titre de l'autorisation générale.** L'article 6 de la directive 97/13/CE<sup>960</sup>, comme l'article 12 de la directive « autorisation » adopté par la suite, ne s'oppose pas à ce qu'une taxe soit prélevée à la charge des titulaires d'autorisations générales en vue de couvrir les frais administratifs afférents à la gestion, au contrôle et à la mise en œuvre du régime d'autorisation générale à partir du moment où elle est fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires et transparents et que celle-ci n'est pas de nature à contrarier l'objectif de libéralisation totale de cette directive. À cet égard, l'utilisation des revenus bruts d'exploitation des assujettis comme base imposable et ce calculée de manière annuelle, est considérée comme répondant à ces critères. Enfin, le critère de proportionnalité auquel il est fait référence vise la répartition des taxes entre les assujettis et non la relation entre la taxe et le volume de travail causé et requis par le régime d'autorisation générale<sup>961</sup>.

## 2. Les droits d'utilisation de ressources

**271. Gestion du spectre des fréquences.** En vertu de l'article 14 de la directive « autorisation », les États membres ne peuvent restreindre ni retirer des droits afférents à la mise en place de ressources avant l'expiration de la période pour laquelle ils ont été octroyés, sauf dans des cas justifiés et, le cas échéant, en conformité avec les dispositions nationales applicables en matière de compensation pour retrait de droits. Cette disposition ne s'applique toutefois pas en cas de décision du régulateur ayant pour objet, non pas de remettre en cause un droit acquis dans le chef des opérateurs, mais de supprimer l'éventualité d'une reconduction tacite de ce droit<sup>962</sup>.

La Cour constitutionnelle a été saisie de recours en annulation des articles 2 et 3 de la loi du 15 mars 2010 portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques<sup>963</sup> et instaurant une « redevance unique » due à l'occasion de l'octroi d'autorisations d'utiliser certains canaux de radiofréquences, ainsi qu'à l'occasion de leur renouvellement. Les parties requérantes dénoncent le fait que cette loi leur imposerait de payer une redevance de reconduction pour une autorisation individuelle qui serait prohibée par le droit européen, venant, d'une part, s'ajouter aux seules contributions pécuniaires autorisées par les articles 12 et 13 de la directive « autorisation » et étant, d'autre part, calculée non pas au regard de la valeur du spectre des fréquences et de la protection qui lui est due, mais en considération de la rentabilité qui peut être espérée de l'exploitation d'un réseau de télécommunications mobiles en Belgique<sup>964</sup>. La Cour a choisi de poser à son tour une série de questions préjudicielles à la Cour

<sup>959</sup> C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland*, C-192/08, points 43 à 45. Sur cette affaire, voy. également point F.1, n° 274 à 275.

<sup>960</sup> Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunication, *J.O.C.E.*, L 117/15, 5 mai 1997.

<sup>961</sup> C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Telefónica de España SA c. Administración del Estado*, C-284/10.

<sup>962</sup> Bruxelles, 20 juillet 2009, précité, points 31-32.

<sup>963</sup> *M.B.*, 25 mars 2010.

<sup>964</sup> Cour const., 16 juin 2011, n° 110/2011, B.3.1.

de justice au sujet de la conformité du nouvel article 30 de la LCE aux articles 3, 12, 13 et 14 de la directive « autorisation »<sup>965</sup>.

**272. Droits de passage**<sup>966</sup>. L'article 97 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques autorise tout opérateur d'un réseau public de télécommunications à faire usage du domaine public et des propriétés pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents, dans le respect de leur destination et des dispositions légales et réglementaires régissant leur utilisation. L'article 98, § 2 de la même loi précise en outre que, pour ce droit d'utilisation, l'autorité « ne peut imposer à l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit » et qu'un tel opérateur « détient en outre un droit de passage gratuit pour les câbles, lignes aériennes et équipements connexes dans les ouvrages publics ou privés situés dans le domaine public ».

Cette dernière disposition limitant le principe d'autonomie fiscale des communes inscrit à l'article 170, § 4 de la Constitution doit être interprétée de manière stricte. Elle ne peut ainsi empêcher les communes de taxer, pour des motifs budgétaires ou autres, l'activité économique des opérateurs de télécommunications qui se matérialise sur le territoire de la commune par la présence de pylônes, mâts ou antennes GSM affectés à cette activité. Ces dernières installations doivent en effet être distinguées des câbles, lignes aériennes et équipements connexes visés par les articles 97 et 98 précités et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'usage du domaine public couvert par ces dispositions<sup>967</sup>.

**273. Redevances pour les droits individuels d'utilisation et les droits de mettre en place des ressources.** L'article 11, § 2 de la directive 97/13/CE, dont l'essence est reprise à l'article 13 de la directive « autorisation »<sup>968</sup>, régit la fixation de redevances pour les droits d'utilisation de radiofréquences ou de numéros ou les droits de passage, afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources. Une telle redevance ne doit pas être nécessairement et spécifiquement affectée à une finalité particulière ou à un usage particulier pour être conforme à ces dispositions. De plus, une distinction dans le montant de la redevance, même significative, peut être opérée pour une technologie en particulier pour autant que l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques soit assurée et que les différents montants

<sup>965</sup> *Id.*, B.5., B.6 et dispositif. La Cour de justice n'a pas encore rendu son arrêt (aff. C-375/11).

<sup>966</sup> La Cour de justice a rendu deux arrêts en la matière en 2012. Dans un arrêt du 26 avril 2012 (C-125/09, *Commission c. République de Chypre*), elle se prononce sur la conformité d'une réglementation nationale aux articles 11, § 1<sup>er</sup> de la directive « cadre » et 4, § 1<sup>er</sup> de la directive « autorisation », qui garantissent l'octroi de droits de passage sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques sur la base de procédures transparentes, non discriminatoires et sans retard. Dans un arrêt du 12 juillet 2012 (aff. jointes C-55/11, C-57/11 et C-58/11, *Vodafone España*), la Cour conclut à l'effet direct de l'article 13 de la directive « autorisation », qui s'oppose à l'application d'une redevance pour les droits de mise en place. Par ailleurs, dans une matière proche des droits de passage, un arrêt rendu par la Cour de justice le 28 juillet 2011 concerne l'accès du public à la base de données relative à la localisation des stations de base de téléphonie mobile et l'interprétation de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 41/26, 14 février 2003.

<sup>967</sup> Cour const., 15 décembre 2011, n° 189/2011, B.3.3, B.6 à B.8.

<sup>968</sup> Précisons que cet article 13 de la directive « autorisation » correspond à l'article 11, § 2 de la directive 97/13/CE. L'article 11, § 1<sup>er</sup> n'a pas été repris dans la directive « autorisation » car il avait trait aux licences individuelles, ces derniers n'existant plus actuellement puisque la directive « autorisation » consacre un régime d'autorisation générale.

imposés reflètent les valeurs économiques respectives des utilisations faites de la ressource rare en cause<sup>969</sup>.

## F. Le contrôle du pouvoir de marché

### 1. La portée des obligations d'accès qui ne nécessitent pas le constat de l'existence d'une puissance significative sur le marché

**274. Obligation de négocier l'interconnexion.** L'affaire C-192/08 *TeliaSonera Finland*<sup>970</sup> portait sur un litige entre la société suédoise iMEZ et l'opérateur finlandais TeliaSonera relatif à la conclusion d'un accord d'interconnexion portant sur la transmission de messages textes (« SMS ») et de messages multimédias (« MMS »)<sup>971</sup>. Telia Sonera ne disposait pas de puissance significative pour ce type de services d'interconnexion. L'affaire a permis à la Cour de justice de clarifier d'abord la portée de l'article 4, § 1<sup>er</sup> de la directive « accès ». Afin de garantir la fourniture de services et leur interopérabilité dans l'ensemble de l'Union, cet article prévoit que les opérateurs de réseaux publics de communications<sup>972</sup> ont le droit, et lorsque d'autres entreprises titulaires d'une autorisation le demandent, de négocier une interconnexion réciproque pour fournir des services de communications électroniques accessibles au public<sup>973</sup>. L'interconnexion est un cas spécifique d'accès et se définit comme « la liaison physique et logique des réseaux de communications publics afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise »<sup>974</sup>.

Cette obligation de négocier s'impose sans qu'il soit nécessaire que l'entreprise qui est soumise ait été désignée par l'ARN comme disposant d'une puissance significative sur le marché et n'entraîne pas l'obligation de conclure l'accord, mais seulement une obligation de négocier<sup>975</sup>. Cependant, la Cour de justice a constaté que notamment en raison même de la définition et du champ de l'interconnexion<sup>976</sup>, le droit et l'obligation de négocier l'interconnexion s'appliquent seulement aux opérateurs de réseaux publics de communications<sup>977</sup>. Un simple fournisseur de services comme iMEZ ne peut donc pas invoquer l'obligation de négociation prévue à l'article 4, § 1<sup>er</sup> s'il veut assurer l'interopérabilité de services de communications électroniques<sup>978</sup>. D'ailleurs,

<sup>969</sup> C.J.U.E., 10 mars 2011, *Telefónica Móviles España SA c. Administración del Estado et Secretaría de Estado de Telecomunicaciones*, C-85/10, points 32 et 34.

<sup>970</sup> C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland*. Sur cette affaire, voy. également point E.1, n° 268.

<sup>971</sup> *Ibidem*, point 20.

<sup>972</sup> Version « 2002 » de la directive « accès ». La version « 2009 » parle maintenant de « réseaux de communications publics ». Cette modification n'a cependant, à notre avis, pas de conséquences juridiques. D'ailleurs, la version anglaise de la directive « accès » parle aussi bien en 2002 qu'en 2009 de « public communications networks ».

<sup>973</sup> Cette obligation de négociation ne concerne pas les autres cas d'accès (voy. C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Commission c. Pologne*, C-227/07 ; chronique précédente, p. 142).

<sup>974</sup> Article 2, b), directive « accès ». L'accès se définit à son tour comme toute mise à disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou services en vue de la fourniture de services de communications électroniques (voy. *ibidem*, art. 2, a)).

<sup>975</sup> C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland*, C-192/08, point 36.

<sup>976</sup> *Id.*, point 32.

<sup>977</sup> Un opérateur est « une entreprise qui fournit ou est autorisée à fournir un réseau de communications public ou une ressource associée » (article 2, c), directive « accès » ; voy. aussi article 2, m), directive « cadre »).

<sup>978</sup> C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland*, C-192/08, points 26-36, 46 et 48.

comme cette obligation de négocier est une exception au principe de la liberté de négocier et de contracter qui s'applique à l'interconnexion, elle est d'interprétation stricte<sup>979</sup>.

La négociation doit être menée de bonne foi et l'ARN peut conclure que l'obligation de négocier une interconnexion n'est pas respectée quand une entreprise qui ne dispose pas d'une puissance significative sur le marché (comme c'était le cas pour TeliaSonera) propose l'interconnexion seulement à des conditions unilatérales propres à faire obstacle à l'émergence d'un marché de détail concurrentiel lorsque ces conditions empêchent les clients de la seconde entreprise (IMEZ) de bénéficier des services (de transmission de SMS et MMS) de cette dernière<sup>980</sup>.

**275. Obligations d'accès pouvant être imposées à des entreprises non puissantes.** Dans l'affaire C-192/08, la Cour a de plus précisé que l'article 5, § 1<sup>er</sup>, a) de la directive « accès » permet à l'ARN d'imposer, « dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer la connectivité de bout en bout, des obligations aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals, y compris, (...) l'obligation d'assurer l'interconnexion de leurs réseaux »<sup>981</sup>. En plus, d'après la Cour, l'article 5, § 4 (depuis 2009 l'article 5, § 3) de la directive « accès » prévoit que l'ARN doit pouvoir intervenir de sa propre initiative en matière d'accès et d'interconnexion<sup>982</sup> afin d'exiger d'une entreprise qui ne dispose pas d'une puissance significative sur le marché mais qui contrôle l'accès aux utilisateurs finals, qu'elle négocie de bonne foi avec une autre entreprise soit une interconnexion des deux réseaux concernés si le demandeur d'un tel accès doit être qualifié d'opérateur de réseaux publics de communications (et si le débiteur n'a pas respecté son obligation en vertu de l'article 4, § 1<sup>er</sup>), soit une interopérabilité des services de SMS et MMS si ce demandeur ne relève pas de la qualification d'opérateur d'un réseau public de communications<sup>983</sup>.

## 2. L'imposition d'obligations liées à la puissance significative sur le marché d'une entreprise

### a. Le cas spécifique des marchés nouveaux et émergents

**276. Réglementation (ou non) des marchés nouveaux et émergents.** Une disposition législative allemande qui excluait en principe la réglementation de nouveaux marchés afin de promouvoir l'investissement par Deutsche Telekom dans les nouveaux réseaux d'accès (partiellement) par fibre optique (la soi-disant « pause réglementaire »)<sup>984</sup> a permis à la Cour de justice de préciser le régime juridique des marchés nouveaux et émergents<sup>985</sup>.

**277. Définition des marchés nouveaux et émergents.** En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire dont l'ARN doit disposer pour définir les marchés pertinents, la Cour constate d'abord

<sup>979</sup> *Id.*, points 39 à 40.

<sup>980</sup> *Id.*, points 53, 55.

<sup>981</sup> Notons que depuis 2009, l'article 5, § 1<sup>er</sup> de la directive « accès » a été complété d'un point *ater* (en fait *abis*) qui prévoit que l'ARN doit être en mesure d'imposer « des obligations aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals pour rendre leurs services interopérables ».

<sup>982</sup> C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland*, C-192/08, point 60.

<sup>983</sup> *Id.*, points 56 à 62.

<sup>984</sup> Voy. Commission européenne, communiqué de presse, *La Commission lance une procédure d'infraction accélérée à l'encontre de l'Allemagne suite à la « pause réglementaire » octroyée à Deutsche Telekom AG*, IP/07/237, 26 février 2007; Commission européenne, communiqué de presse, *Télécommunications : la Commission va saisir la Cour de justice d'un recours contre l'Allemagne pour sa législation sur la « pause réglementaire »*, IP/07/889, 27 juin 2007.

<sup>985</sup> C.J.U.E., 3 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-424/07.

que « la définition du marché constitue (...) le point de départ de l'analyse concurrentielle effectuée en vertu de l'article 16 de la directive "cadre" »<sup>986</sup>. Selon l'article 15, § 3 de la directive « cadre », cette définition incombe à l'ARN et ne peut pas être effectuée par le législateur national. Or, « eu égard au principe de non-réglementation des nouveaux marchés [prévu par la loi allemande], l'ARN ne sera plus amenée à procéder à la définition des marchés pertinents, conformément à l'article 15, paragraphe 3, de la directive "cadre", dans la mesure où les marchés identifiés dans l'annexe à la recommandation de la Commission relèvent de la définition [des nouveaux marchés inscrits dans la loi allemande<sup>987</sup>] »<sup>988</sup>, ce qui est contraire au cadre réglementaire européen.

**278. Analyse et réglementation des marchés nouveaux et émergents.** En ce qui concerne plus précisément l'analyse et la réglementation des marchés nouveaux et émergents, la Cour de justice a statué que le cadre réglementaire européen<sup>989</sup> suggère que, « s'agissant des marchés nouveaux, les ARN doivent opérer de manière prudente », mais qu'il « n'en demeure pas moins que le cadre n'édicte aucun principe de non-réglementation desdits marchés »<sup>990</sup>. D'ailleurs, la Cour ajoute que la directive « cadre » « confère à l'ARN, et non au législateur national, l'appréciation du besoin de réglementation des marchés »<sup>991</sup>. Le législateur ne peut donc pas régler cette question « une fois pour toute » et il faut recourir aux analyses concrètes du marché en cause par l'ARN. En effet, selon la Cour, les articles 15 et 16 de la directive « cadre » qui règlent la définition et l'analyse des marchés par les ARN « se rapportent au secteur des communications électroniques

<sup>986</sup> *Id.*, point 81.

<sup>987</sup> La Cour de justice indique (*id.*, point 19) qu'à l'époque du litige l'article 3, point 12b de la loi allemande sur les télécommunications définissait un nouveau marché comme « marché de services et de produits qui se distinguent de manière significative des services et produits disponibles jusqu'alors sur le plan de leur efficacité, de leur portée, de leur disponibilité pour un grand nombre d'utilisateurs (capacité d'un marché de masse), de leur prix ou de leur qualité du point de vue d'un acheteur avisé, et qui ne remplacent pas simplement ces produits ». Indépendamment de la question de l'inscription dans la loi d'une définition des nouveaux marchés, la Cour constate que cette définition ne constitue en tant que telle pas une « délimitation d'un marché pertinent au sens de l'article 15, § 3 de la directive "cadre" » (*id.*, point 82). Actuellement, la Commission suggère aux ARN de définir les nouveaux marchés émergents comme « les marchés de produits ou de services pour lesquels, en raison de leur caractère nouveau, il est très difficile de prédire les conditions de la demande aussi bien que celles de l'offre ou les conditions d'entrée sur le marché... » (recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 344/68, 28 décembre 2007, considérant 7). D'ailleurs ce considérant 7 précise maintenant que « les mises à jour progressives des infrastructures de réseau existantes aboutissent rarement à un marché nouveau ou émergent ».

<sup>988</sup> C.J.U.E., 3 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-424/07, point 83.

<sup>989</sup> La Cour mentionne à cet égard le considérant 27 de la directive « cadre », le point 32 des lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, C 165/6, 11 juillet 2002 et le considérant 15 de la recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 114/45, 8 mai 2003. Cette recommandation et son considérant 15 ont depuis été remplacés par la recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 précitée et son considérant 7. La position reste largement la même. D'ailleurs le nouveau considérant 7 précise maintenant que « les mises à jour progressives des infrastructures de réseau existantes aboutissent rarement à un marché nouveau ou émergent ».

<sup>990</sup> C.J.U.E., 3 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-424/07, point 73. Voy. aussi points 65 à 72.

<sup>991</sup> *Id.*, point 74.

en général et n'excluent pas les nouveaux marchés, ni d'ailleurs aucun autre marché, de leur champ d'application»<sup>992</sup>. Par conséquent, une disposition légale, selon laquelle, en règle générale, la réglementation des nouveaux marchés par l'ARN est exclue, «empiète sur les pouvoirs étendus accordés à celle-ci en vertu du cadre réglementaire communautaire, l'empêchant de prendre des mesures de réglementation adaptées à chaque cas particulier»<sup>993</sup>.

Finalement, il y a lieu de constater que selon l'article 16 de la directive «cadre» le critère à appliquer par l'ARN pour imposer des obligations est celui de l'absence de concurrence effective (et donc la présence d'une entreprise disposant d'une puissance significative sur le marché pertinent). «Si un marché n'est pas effectivement concurrentiel, l'ARN concernée impose des obligations réglementaires *ex ante* aux entreprises puissantes sur ce marché»<sup>994</sup>. Les critères énoncés par [la loi allemande] pour qu'un marché nouveau puisse, à titre exceptionnel et en dérogation au principe général de non-réglementation des marchés nouveaux quand même, «être soumis à une réglementation *ex ante*, à savoir le risque d'une entrave à long terme au développement d'une concurrence durable, sont plus restrictifs que ceux de l'article 16 de la directive "cadre" qui font uniquement dépendre la réglementation *ex ante* du constat selon lequel le marché concerné n'est pas effectivement concurrentiel»<sup>995</sup>. La loi allemande était donc considérée comme contraire à la réglementation européenne.

#### b. La définition des marchés pertinents

**279. Définition du marché de produits.** Lorsque l'IBPT définit un marché de services dans le cadre d'une analyse *ex ante*, il ne doit pas démontrer avec certitude que deux services sont ou ne sont pas substituables. Mais dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, il doit seulement pouvoir «raisonnablement estimer s'il y a ou non une substituabilité suffisante» en «formul[ant] des hypothèses et procéd[ant] à des anticipations en s'aidant de toutes informations utiles dont il dispose et qu'il peut recueillir». L'opérateur qui conteste les conclusions du régulateur doit, pour sa part, démontrer qu'elles reposent sur une erreur d'appréciation manifeste, compte tenu des limites du contrôle juridictionnel qui appartient à la cour d'appel<sup>996</sup>.

Lorsqu'il s'agit de définir un marché de gros recensé par la recommandation de la Commission européenne relative aux marchés pertinents<sup>997</sup>, l'IBPT n'est pas tenu de définir ni d'analyser le ou les marchés de détail en aval. En revanche, selon la recommandation, le point de départ de la définition et du recensement d'un marché de gros est la caractérisation du marché de détail, sur une durée déterminée, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre<sup>998</sup>.

**280. Définition du marché géographique.** La dimension géographique d'un marché comprend le «territoire sur lequel les entreprises offrent les biens ou services en cause, dans des conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes, qui diffèrent, de manière appréciable,

<sup>992</sup> *Id.*, point 64.

<sup>993</sup> *Id.*, point 78.

<sup>994</sup> *Id.*, point 97.

<sup>995</sup> *Id.*, point 98.

<sup>996</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 43. Au sujet de l'étendue de ce contrôle juridictionnel, voy. *supra*.

<sup>997</sup> Adoptée sur pied de l'article 15, § 1<sup>er</sup> de la directive «cadre», il s'agit actuellement de la recommandation du 17 décembre 2007 précitée.

<sup>998</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 47.

des conditions de concurrence présentes dans les zones géographiques voisines». Dans le secteur des communications électroniques, «les limites géographiques d'un marché sont généralement fonction de la couverture des réseaux et des obligations légales et réglementaires, outre les fonctionnalités de services, la présence de normes, la tarification, les pratiques commerciales et les critères retenus pour vérifier la substituabilité de la demande et de l'offre»<sup>999</sup>.

c. *L'analyse des marchés pertinents et la désignation d'entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché (PSM)*

**281. Nécessité de désignation des opérateurs puissants.** Avant d'imposer une obligation envers un opérateur qui posséderait une puissance significative sur un marché, l'ARN doit procéder à une analyse préalable dudit marché, conformément à l'article 16 de la directive «cadre» et aux articles 16 et 17 de la directive «service universel». Obliger un opérateur de réseau à communiquer sa tarification de détail et à les faire valider par l'ARN ainsi qu'à établir ses tarifs sur base des coûts de la fourniture de ces services contrevient au cadre réglementaire lorsque l'imposition de ces obligations n'est précédée d'aucune analyse préalable sur le marché de détail, tel que le marché de détail de l'accès Internet à haut débit<sup>1000</sup>.

**282. Statut juridique des lignes directrices sur l'analyse du marché.** Quant aux lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché<sup>1001</sup>, elles ne prévoient aucune obligation, qu'elle soit directe ou indirecte, à charge de particuliers, en l'espèce d'opérateurs de services de communications électroniques. Suivant l'article 58 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de 2003<sup>1002</sup>, aucune traduction dans la langue nationale de l'ARN n'est dès lors nécessaire pour que cette dernière puisse tenir compte de ces lignes directrices<sup>1003</sup>.

d. *L'imposition d'obligations réglementaires*

**283. Imposition des remèdes appropriés.** En l'absence d'une disposition prévoyant une telle obligation, l'IBPT n'est pas tenu d'examiner les conditions de concurrence sur le marché de détail avant d'imposer des obligations aux opérateurs sur le marché de gros. En revanche, pour apprécier l'adéquation d'un remède, il doit chercher à rencontrer le mieux possible les objectifs du cadre réglementaire et la déficience constatée<sup>1004</sup>. Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le régulateur doit ainsi «rechercher, au cas par cas, les remèdes appropriés pour rencontrer de

<sup>999</sup> *Id.*, point 44. Voy. également au sujet de ces critères les lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, précitées, point 59.

<sup>1000</sup> C.J.U.E., 6 mai 2010, *Commission c. Pologne*, C-545/08, point 68.

<sup>1001</sup> Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03), *J.O.U.E.*, L 165/6, 11 juillet 2002.

<sup>1002</sup> Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L 236/33, 23 septembre 2003.

<sup>1003</sup> C.J.U.E., 12 mai 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-410/09, points 22 à 34.

<sup>1004</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 58.

la façon la plus adéquate tous ces objectifs qu'il doit tenter de concilier entre eux». Cette appréciation est faite *in concreto* et est susceptible de varier dans le temps. Elle n'est pas non plus liée par des avis ou opinions que le régulateur avait lui-même précédemment émis [dans d'autres circonstances]<sup>1005</sup>. Les mesures adoptées «doivent être<sup>1006</sup> motivées dans la décision et à défaut, l'IBPT doit justifier sa décision devant la cour<sup>1006</sup>. En revanche, «les explications des parties ne peuvent contribuer à motiver une décision de l'IBPT qui ne serait pas suffisamment et adéquatement motivée par l'IBPT lui-même<sup>1007</sup>.

Le cadre réglementaire n'impose pas aux ARN de vérifier si les problèmes de concurrence sur un marché identifié pourraient se satisfaire d'un contrôle *ex post* par les autorités et les instances nationales chargées de la protection de la concurrence dès lors que ce marché a été recensé par la recommandation de la Commission européenne relative aux marchés pertinents<sup>1008</sup>.

Les remèdes imposés aux opérateurs puissants doivent être énoncés avec précision, afin de permettre à l'entreprise notifiée de connaître la portée de ses obligations, aux tiers de mesurer l'étendue de leurs droits et à la cour, d'exercer son contrôle juridictionnel. Cependant «la méthodologie qui consiste à adopter une décision "cadre", qui identifie et décrit des obligations dans leurs principes mais dont des détails ou des modalités d'application devront être complétés à l'avenir, selon les circonstances, n'est pas, en règle, incompatible avec le cadre réglementaire». Cette pratique ne compromet pas l'exercice d'un recours effectif qui demeure ouvert contre ces décisions complémentaires qui doivent, par ailleurs, se conformer aux procédures de concertation éventuellement applicables<sup>1009</sup>. Quant au degré de précision avec lequel la décision doit décrire les obligations imposées, il varie nécessairement en fonction de celles-ci et des circonstances<sup>1010</sup>.

En vertu du principe d'égalité et de non-discrimination inscrit à l'article 8, § 3 de la directive «cadre» et aux articles 10 et 11 de la Constitution, l'IBPT doit appliquer, sauf justification adéquate, «le même remède aux opérateurs concernés si aucune différence objective entre eux n'est apte à justifier adéquatement un traitement différent au regard du ou des objectifs poursuivis et à l'inverse, il doit leur appliquer des remèdes différents si des différences objectives le justifient adéquatement pour atteindre le ou les buts recherchés<sup>1011</sup>.

Au regard de l'article 61, § 2 de la LCE, il n'apparaît pas proportionné d'obliger les opérateurs de fournir sur simple demande des services alors que pareille demande était totalement inexistante et que l'IBPT n'a pas démontré, avant d'imposer cette obligation, sa viabilité technique et économique, son degré de faisabilité et l'investissement requis<sup>1012</sup>.

**284. Orientation des prix en fonction des coûts.** Un opérateur puissant doit être en mesure, non pas de couvrir tous les coûts liés à ses obligations, mais uniquement ceux liés à une prestation efficace, conformément à l'article 62, § 2, alinéa 2 de la LCE. Conformément à ce principe,

<sup>1005</sup> *Id.*, points 62 et 63.

<sup>1006</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 mai 2006, 2004/AR/174, p. 25.

<sup>1007</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 64.

<sup>1008</sup> *Id.*, point 59. La recommandation en question est actuellement celle du 17 décembre 2007, précitée.

<sup>1009</sup> La Cour se réfère ici à ses arrêts des 1<sup>er</sup> juin 2007, 2006/AR/2154, p. 26, et 7 mai 2009, précité, p. 70.

<sup>1010</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 65.

<sup>1011</sup> *Id.*, point 66.

<sup>1012</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 29 juin 2011, 2010/AR/2695, point 124.

l'IBPT peut recourir au *benchmarking* et aménager une période transitoire de dégressivité tarifaire progressive. Il incombe donc à l'opérateur puissant de « faire en sorte de mieux rencontrer l'objectif d'une prestation efficace par les mécanismes de gestion interne qu'il lui appartient de déterminer »<sup>1013</sup>. Afin d'assurer l'effectivité de l'obligation d'orientation des prix en fonction des coûts ainsi que l'efficacité des opérateurs, le principe de sécurité juridique requiert néanmoins de la part de l'IBPT d'instaurer, du moins à terme, dans le cadre de cette période transitoire de dégressivité tarifaire, des « plafonds obligatoires, sur une durée précise et raisonnable et qu'il veille à ce que le *glide path* atteigne, à son point d'arrivée, les prix d'une prestation efficace à l'issue de réductions progressives mais suffisamment importantes »<sup>1014</sup>.

Le principe d'orientation des prix sur les coûts permet également au régulateur de réserver un sort particulier au dernier entrant pour tenir compte d'effets d'économies d'échelle plus réduits que ceux des autres opérateurs plus anciens, qui ont une présence plus forte sur le marché de détail. Une telle pratique n'est toutefois justifiée que temporairement dans la mesure où (i) l'intérêt de l'utilisateur final est également de bénéficier sur le marché de détail des diminutions des tarifs de terminaison, (ii) la concurrence sur le marché de détail pâtit de tarifs de terminaison excessifs, ce qui justifie l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts, et (iii), passé un certain délai, justifié en fonction des conditions de marché, la mesure peut avoir pour effet d'inciter l'opérateur à ne pas rechercher l'efficacité<sup>1015</sup>.

Enfin, la cour rappelle qu'il est essentiel que l'IBPT « vérifie la correspondance des coûts rapportés par un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché pertinent au principe d'orientation sur les coûts d'une prestation efficace et élimine les coûts liés aux inefficacités de l'opérateur puissant de sorte que ceux-ci ne soient pas assumés par les opérateurs alternatifs de manière à préserver une concurrence efficace ». Dans cette optique, le régulateur peut – si les données réelles de l'opérateur ne le permettent pas – calculer les coûts d'une prestation efficace à partir d'un modèle théorique de coûts dit ascendant ou « bottom up », soit les coûts d'un opérateur hypothétique efficace. L'écart entre le résultat de ce dernier modèle et les données réelles livrées par l'opérateur puissant doit toutefois « pouvoir être justifié par des indications suffisamment précises et objectives par rapport à la nature et la cause de ces inefficacités ». L'un des éléments essentiels permettant cette justification est que le réseau modélisé à partir duquel les coûts sont calculés doit être dimensionné en fonction de la demande. Les investissements de l'opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché pertinent dans son réseau ne peuvent dès lors être pris en compte que s'ils se fondent sur des « estimations prévisionnelles réalistes de l'évolution de la demande » et sont justifiés d'un point de vue d'efficacité et de rentabilité économique. Et c'est à l'opérateur puissant qu'il appartient de démontrer que ces investissements étaient justifiés compte tenu de la capacité disponible du réseau et de la croissance prévisible<sup>1016</sup>.

<sup>1013</sup> *Id.*, point 79.

<sup>1014</sup> L'Institut s'était en l'espèce borné à énoncer des plafonds indicatifs à partir d'une certaine date et à annoncer un complément qui paraît irréalisable selon la méthode de coûts retenue.

<sup>1015</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2009, précité, point 97.

<sup>1016</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 29 juin 2011, précité, points 15, 28, 29, 31 et 33.

S'agissant de la publication d'une offre de référence annuelle, elle peut être justifiée compte tenu des intérêts en jeu, et ce malgré les coûts de cette publication, d'autant plus lorsque les opérateurs ont rédigé antérieurement leur offre sans justifier de réelle difficulté, et que l'offre de l'année précédente reste valable si l'opérateur ne demande pas d'y apporter des modifications<sup>1017</sup>. La cour a toutefois jugé dans des affaires antérieures que l'obligation de soumettre annuellement une nouvelle proposition de tarifs ne reposait sur aucun fondement légal et n'était pas proportionnée au regard de l'objectif poursuivi dès lors que l'offre de référence est soumise à un contrôle permanent de l'IBPT<sup>1018</sup>. Quant à l'approbation préalable par l'IBPT des projets d'offre de référence et tout projet de modification, elle est « destinée à assurer préventivement le respect des règles imposées à l'opérateur puissant, ce qui correspond parfaitement à l'approche d'une réglementation *ex ante* »<sup>1019</sup>.

**285. Responsabilité contractuelle.** L'IBPT ne peut soumettre l'exercice de droits contractuels – fût-ce dans le cadre d'offres régulées – à une autorisation préalable de sa part ou de la part d'une instance judiciaire, dans des conditions dérogatoires au droit commun. Il ne se trouve en effet « pas compétent pour se prononcer sur des contestations relatives à la responsabilité contractuelle et ne peut s'arroger le droit de se prononcer sur la légitimité de la décision de l'opérateur puissant de suspendre l'accès, ni celui d'autoriser ou non cet opérateur à suspendre l'accès lorsqu'il invoque l'exception d'inexécution ». En revanche, il peut, par l'effet des compétences qui lui ont été confiées par le législateur, « imposer des mesures qui rencontrent les objectifs du cadre réglementaire, en particulier ceux qui assurent la protection de l'utilisateur final et assortir l'exercice de droits contractuels de conditions qui visent à garantir ces objectifs ». Sous cet angle, le principe d'un préavis raisonnable à notifier par l'opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché à l'opérateur alternatif avant la suspension de l'accès régulé et l'obligation d'informer préalablement l'IBPT constituent des mesures adéquates<sup>1020</sup>.

### 3. La portabilité

**286. Répercussion des coûts.** L'article 30, § 2 de la directive « service universel » permet à un opérateur de répercuter les coûts engendrés par la portabilité sur le client qui souhaite changer d'opérateur. Ce type de redevance ne peut toutefois avoir pour effet de dissuader l'abonné de changer de fournisseur de services. Ainsi l'ARN, lorsqu'elle décide de fixer un montant maximal pour cette redevance, peut plafonner ce montant à une somme inférieure à celle des coûts auxquels sont exposés les opérateurs à partir du moment où la redevance risque de dissuader l'abonné de faire usage de la facilité de la portabilité<sup>1021</sup>.

<sup>1017</sup> Bruxelles, 30 juin 2009, précité, point 131.i.

<sup>1018</sup> Bruxelles, 1<sup>er</sup> juin 2007, précité, point 48; 7 mai 2009, précité, point 285.

<sup>1019</sup> Bruxelles, 30 juin 2009, précité, point 131.vii.

<sup>1020</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2009, précité, point 277; 30 juin 2009, précité, point 125. *Comp.*, dans le cadre d'un litige entre deux opérateurs au sujet de l'exception d'inexécution, Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 27 juin 2008, *Belgacom c. E-Leven*, 2008/KR/142, points 44 et s.

<sup>1021</sup> C.J.U.E., 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, C-99/09, points 21 et 27.

## G. La garantie des activités d'intérêt économique général

**287. Désignation des prestataires du service universel.** L'article 8 de la directive « service universel » prévoit qu'une ou plusieurs entreprises peuvent être désignées en vue de garantir la fourniture d'un service universel. Dans un recours en manquement d'État, le Portugal n'avait pas respecté les dispositions relatives à la désignation du prestataire des obligations de service universel quand il établit une concession exclusive en faveur d'un opérateur. Ladite concession exclusive était, selon le droit portugais, un régime dérogatoire dans l'attente que le Portugal puisse établir une procédure de désignation transparente, non discriminatoire, efficace et objective en application de la directive « service universel ». La cour a estimé qu'une telle situation n'est pas compatible avec les dispositions de cette directive étant donné qu'un tel régime exclut d'office les autres entreprises du marché et que, dès lors, le Portugal doit se conformer aux dispositions de ladite directive<sup>1022</sup>.

**288. Imposition d'obligation(s) au fournisseur de service universel.** Les ARN peuvent imposer, à l'encontre d'un prestataire d'un des éléments spécifiques du service universel dans le cadre de la mise à disposition de données relatives à des abonnés, soit des obligations spécifiques sur la manière dont il fournit le service (article 6, § 2, de la directive « autorisation »), soit des obligations (par exemple sur le marché de gros) que l'ARN estime adéquates afin de garantir la fourniture du service (article 3, § 2, de la directive « service universel »). L'imposition d'obligations spécifiques au fournisseur de « service universel » est un régime dérogatoire à celui de l'autorisation générale contenue dans la directive « autorisation ». Ces obligations sont, par conséquent, d'interprétation stricte. L'article 8, § 1<sup>er</sup>, de la directive « service universel » ne permet d'imposer que des obligations spécifiques prévues par l'article 6, § 2, de cette directive. En ce qui concerne le contrôle du fournisseur de service universel, les paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 9, ne permettent qu'un contrôle des prix sur le prestataire désigné, et non sur les autres entreprises du marché. Notons également que la possibilité de sous-traiter la fourniture du service universel n'est pas impossible aussi longtemps que l'opérateur désigné reste responsable à l'égard de l'État membre pour la fourniture du service universel<sup>1023</sup>.

**289. Annuaire et services de renseignements.** Les articles 5, §§ 1<sup>er</sup> et 2, et 25, §§ 1<sup>er</sup> et 3, de la directive « service universel », imposent aux États membres de veiller à ce que les utilisateurs finals disposent, dans la pratique, d'au moins un annuaire complet comprenant tous les abonnés des services téléphoniques accessibles au public, qu'ils aient le droit de figurer dans cet annuaire et qu'ils puissent avoir accès aux services d'assistance par opérateur/opératrice et aux services de renseignements téléphoniques s'ils sont raccordés au réseau téléphonique public. Ces dispositions concernant le service universel mettent à la charge des États membres des obligations de résultat précises<sup>1024</sup>.

<sup>1022</sup> C.J.U.E., 7 octobre 2010, *Commission c. Portugal*, C-154/09, points 48 à 52. L'État membre concerné, le Portugal, ne s'étant pas encore conformé à cette décision, au moment de la rédaction de cette chronique, la Commission a lancé une procédure en infraction pour non-respect de l'arrêt. Voy. Commission européenne, communiqué de presse, *Stratégie numérique: la Commission demande à la Cour de justice d'infliger une amende au Portugal pour avoir exclu des entreprises de la procédure de désignation du fournisseur du service universel*, IP/12/287, 22 mars 2012.

<sup>1023</sup> C.J.U.E., 17 février 2011, *Number Ltd. c. OFCOM*, C-16/10, points 32 et 33.

<sup>1024</sup> C.J.C.E., 12 mars 2009, *Commission c. Portugal*, C-458/07, point 26. Voy. également en ce sens, l'affaire C.J.U.E., 5 mai 2011, *Deutsche Telekom c. Allemagne*, C-543/09, développée au chap. III.A.3, d, n° 142.

**290. Calcul du coût net du service universel.** Les dispositions de la LCE concernant le service universel ont été réformées par la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV)<sup>1025</sup>. Une série d'opérateurs avaient introduit devant la Cour constitutionnelle un recours en annulation à l'encontre d'un certain nombre de ces dispositions<sup>1026</sup>. Les requérants invoquaient à l'appui de leur demande l'existence d'une différence de traitement non justifiée née du fait que le législateur a constaté que la fourniture du service universel constitue une « charge injustifiée » pour la seule Belgacom et en ce que ce constat ne peut être revu que par le législateur, alors que « la charge injustifiée » pour les parties requérantes a été constatée et peut être revue à l'avenir par l'IBPT<sup>1027</sup>.

Avant de poursuivre l'examen de ce moyen, la Cour choisit de poser une question préjudicielle à la C.J.U.E. afin de déterminer si les dispositions précitées étaient conformes à la directive « service universel », en ce qu'elles permettaient que le législateur fédéral, en sa qualité d'ARN, constate de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du prestataire du service universel qui était auparavant le seul prestataire, que la fourniture du service universel peut représenter une « charge injustifiée » pour les entreprises désignées comme fournisseurs de service universel. Cette question préjudicielle a donné lieu à l'affaire C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Base*, C-389/08, devant la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1028</sup>. Parallèlement, dans l'affaire C-222/08, la Cour de justice était saisie d'un recours de la Commission européenne contre la Belgique en manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive « service universel » et de l'article 249 du Traité CE (désormais l'article 288 TFUE).

La Cour de justice jugea dans ces deux affaires<sup>1029</sup> que l'article 12 de la directive « service universel » « ne s'oppose pas à ce que l'[ARN] estime de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du fournisseur de service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service que la fourniture dudit service *peut* représenter une charge injustifiée pour les entreprises désormais désignées comme fournisseurs de service universel ». Néanmoins, il faut avoir égard à l'article 13 de cette directive, lequel « s'oppose à ce que l'[ARN] constate de la même manière et sur la base du même calcul que ces entreprises sont effectivement soumises à une charge injustifiée en raison de cette fourniture, sans avoir procédé à un examen particulier de la situation de chacune de celles-ci ». En effet, selon la Cour, « la charge injustifiée dont l'autorité réglementaire nationale doit constater l'existence avant toute indemnisation est la charge qui, pour chaque entreprise concernée, présente un caractère excessif au regard de sa capacité à la supporter compte tenu de l'ensemble de ses caractéristiques propres, notamment du niveau de ses équipements, de sa situation économique et financière ainsi que de sa part de marché »<sup>1030</sup>. Enfin, le calcul du coût net

<sup>1025</sup> *M.B.*, 8 mai 2007.

<sup>1026</sup> Il s'agit en particulier des articles 173, 3° et 4°, 200, 202 et 203 de cette loi, modifiant, insérant ou interprétant les articles 74 et 101 de la LCE ainsi que l'article 45bis de l'annexe à la LCE.

<sup>1027</sup> Cour const., 27 janvier 2011, n° 7/2011. Les requérantes dénonçaient en outre le fait que le législateur se serait fondé, pour la fixation des coûts nets de Belgacom, sur des chiffres provenant de la comptabilité de 2001, alors que pour les parties requérantes, la fixation des coûts nets aurait été effectuée par l'IBPT sur la base de chiffres actuels.

<sup>1028</sup> Cour const., arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2008, n° 131/2008, C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Base*, C-389/08 et C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Commission c. Belgique*, C-222/08.

<sup>1029</sup> Notons que l'arrêt C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Base*, C-389/08 traite également la question de savoir si le législateur national peut assumer la fonction d'ARN. À cet égard, voy. point B.1, b, n° 242.

<sup>1030</sup> C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Base*, C-389/08, points 42 et 53; C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Commission c. Belgique*, C-222/08, points 44 à 51 et 56.

du service universel doit prendre en compte les avantages commerciaux, tels que les bénéfices immatériels, retirés par les entreprises auxquelles incombe la fourniture du service universel<sup>1031</sup>.

Suite à ces décisions de la Cour de justice, la Cour constitutionnelle conclut que le législateur avait violé le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution et annule les dispositions en cause, non pas en raison d'une différence de traitement, comme l'invoquaient les parties requérantes, mais bien en ce qu'il traitait tous les opérateurs de manière identique en constatant que l'offre de la composante sociale du service universel constituerait une charge injustifiée pour tous les prestataires, sans avoir calculé les coûts nets que cette charge entraîne pour chaque entreprise, alors que les articles 12 et 13 de la directive sur le service universel exigent en la matière un traitement *différencié* de tous les opérateurs, à déterminer *in concreto*<sup>1032</sup>.

**291. Obligation de diffuser (*must-carry*).** En vertu de l'article 31, § 1<sup>er</sup> de la directive « service universel », les obligations de diffusion ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées et transparentes. Cette disposition requiert de la part des États membres de « définir clairement les critères concrets utilisés par les autorités nationales pour sélectionner les chaînes de télévision bénéficiant de l'obligation de diffuser », de manière à « garantir que les chaînes ainsi sélectionnées sont celles dont le contenu global des programmes est en mesure de réaliser l'objectif culturel d'intérêt général poursuivi »<sup>1033</sup>.

En outre, le principe de transparence susvisé implique de « prescri[re] de manière suffisamment claire que le bénéfice de l'obligation de diffuser ne saurait être accordé qu'à des chaînes de télévision spécifiées », ce qui exclut d'accorder ce statut automatiquement à toutes les chaînes éditées par un même organisme privé de radiodiffusion, sans s'assurer que le contenu global des programmes de chacune de ces chaînes est en mesure de réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi<sup>1034</sup>.

Enfin, l'article 31, § 1<sup>er</sup> de la directive précise que l'obligation de diffuser ne peut être imposée à un opérateur de réseaux que lorsqu'il a un nombre significatif d'utilisateurs finals. Il est dès lors contraire à cette disposition de prévoir un système de dispense d'obligations de diffuser aux opérateurs de réseaux dont le nombre d'utilisateurs finals les utilisant comme leurs moyens principaux pour capter les programmes de radiodiffusion télévisuelle n'est pas suffisant. Une telle

<sup>1031</sup> C.J.U.E., 6 octobre 2010, *Commission c. Belgique*, C-222/08, points 82 à 84.

<sup>1032</sup> Cour const., 27 janvier 2011, n° 7/2011, précité, B.10 à B.13. Certaines des dispositions annulées ont été remplacées ou modifiées par la loi précitée du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques.

<sup>1033</sup> C.J.U.E., 3 mars 2011, *Commission c. Belgique*, C-134/10, point 54. Sur base de l'article 260, § 2 TFUE, la Commission européenne a, en octobre 2012, référé la Belgique à nouveau devant la Cour de justice et ce pour non-exécution de l'arrêt intervenu le 3 mars 2011 dans l'affaire C-134/10. Voy. Commission européenne, communiqué de presse, *Stratégie numérique: la Commission demande à la Cour de justice d'infliger à la Belgique une amende pour le manque de transparence des obligations de diffuser des contenus de radiodiffusion*, IP/12/1144, 24 octobre 2012.

<sup>1034</sup> *Id.*, points 62 et 63. Voy. également au sujet de la même législation C.J.C.E., 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA and Others c. l'État belge*, C-250/06, et chronique précédente, p. 146.

dispense, dont l'opérateur a la charge de prouver qu'il y a droit, permet à un État membre, en cas de refus de cette dispense, d'imposer lesdites obligations auxdits opérateurs<sup>1035</sup>.

## H. La protection des consommateurs (directive « service universel »)

**292. Harmonisation minimale.** Les dispositions de la directive « service universel » consacrées à la protection du consommateur ne prévoient pas une harmonisation complète de ces aspects<sup>1036</sup>, contrairement à la directive relative aux pratiques commerciales déloyales<sup>1037</sup>. Par conséquent, les États membres sont libres d'adopter des réglementations plus exigeantes, dans le respect des principes de cette directive et pour autant que cette réglementation n'empiète pas sur les compétences que les ARN tirent directement du cadre réglementaire commun<sup>1038</sup>.

**293. Procédures extrajudiciaires de règlement des litiges.** L'article 34 de la directive « service universel » prévoit l'instauration de procédures extrajudiciaires de résolution de litiges, avant tout recours juridictionnel, entre un opérateur et un utilisateur final pour les matières relevant de cette directive. La possibilité de rendre obligatoire une telle procédure relève de l'appréciation des États membres, compte tenu que la directive n'écarte nullement cette possibilité et qu'imposer une telle procédure obligatoire n'est pas incompatible aux principes d'équivalence, d'effectivité et du droit à une protection juridictionnelle effective<sup>1039</sup>.

**294. Règles générales concernant les clauses abusives.** La directive 93/13/CEE<sup>1040</sup> pose les principes de bases concernant le sort des clauses pouvant être considérées comme abusives pour le consommateur. En vertu de cette directive, une clause contractuelle jugée abusive ne peut lier le consommateur et ce même sans contestation préalable de sa part<sup>1041</sup>. Le juge est tenu de soulever d'office le caractère abusif d'une clause<sup>1042</sup>. Une clause non négociée avec le consommateur qui attribue de manière exclusive la compétence d'un juge, par exemple dans le cadre d'un contrat d'abonnement relatif de téléphonie mobile, peut être considérée comme étant abusive<sup>1043</sup>.

<sup>1035</sup> *Id.*, points 73 à 75.

<sup>1036</sup> C.J.U.E., 11 mars 2010, *Telekomunikacja Polska*, C-522/08, point 29 ; C.J.U.E., 5 mai 2011, *Deutsche Telekom c. Allemagne*, C-543/09, point 29.

<sup>1037</sup> Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE et le règlement (CE) n° 2006/2004, *J.O.U.E.*, L 149/22, 11 juin 2005. Opérant une harmonisation complète, cette directive interdit aux États membres d'étendre la liste des pratiques réputées déloyales « en toutes circonstances » au-delà de celles prévues par cette directive. Ainsi, comme le rappelle la Cour dans son arrêt *Telekomunikacja Polska*, l'interdiction d'office (sans tenir compte des circonstances spécifiques qui l'entourent) des offres conjointes, non prévue par la directive, est contraire à cette dernière (voy. précédemment C.J.C.E., 23 avril 2009, *VTB-VAB c. Total Belgium* et *Galatea c. Sanoma Magazines Belgium*, C-261/07 et C-299/07, points 48 à 50).

<sup>1038</sup> C.J.U.E., 11 mars 2010, *Telekomunikacja Polska*, C-522/08, point 29.

<sup>1039</sup> C.J.U.E., 18 mars 2010, *Rosalba Alasini e.a. c. Telecom Italia*, C-317/08 à C-320/08, points 63 à 65.

<sup>1040</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, L 95/29, 21 avril 1993.

<sup>1041</sup> C.J.C.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné Györfi*, C-243/08, point 28.

<sup>1042</sup> *Ibid.*, point 35. Voy. également C.J.U.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08.

<sup>1043</sup> *Ibid.*, point 44.

## I. Terminaux

La directive «R&TTE» instaure un principe de libre circulation des appareils terminaux qui satisfont aux exigences qu'elle contient. Un État membre ne peut dès lors exiger d'autre déclaration de conformité sur un produit qui a déjà fait l'objet d'une telle déclaration dans un État de l'Union européenne et qui porte déjà le marquage «CE», et ce quand bien même le terminal en cause utiliserait des fréquences non harmonisées au niveau européen<sup>1044</sup>.

## VI. DROIT BELGE ET EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE DANS LES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Valérie LEFEVER\*

**295. Plan des développements.** L'objet de la présente note est d'analyser la jurisprudence des trois dernières années en droit de la concurrence belge et européen dans le secteur des communications électroniques<sup>1045</sup>. Pour des raisons de cohérence et dans un souci de limiter la taille de la présente contribution, les jugements et arrêts adoptés en vertu de la réglementation sectorielle spécifique des communications électroniques ne seront pas abordés ici. Cette jurisprudence fait en effet l'objet d'une contribution séparée.

Ces dernières années ont été particulièrement riches en affaires de *margin squeeze*. Il s'agit de compressions des marges opérées par un opérateur dominant qui détient une infrastructure dont il fournit l'accès (sur des marchés de gros) à des entreprises, qui sont dès lors en mesure de le concurrencer sur les marchés de détail de fourniture de services aux utilisateurs finals. En fixant des prix de gros élevés tout en pratiquant des prix très bas pour le consommateur final, l'entreprise dominante pèse sur la structure des coûts de ses concurrents et empêche ceux-ci de fournir des produits ou services attractifs.

La Cour de justice de l'Union européenne a donné à l'infraction de compression des marges une interprétation particulièrement large. Cette jurisprudence ne manquera pas de soulever certaines questions. En effet, puisque l'entreprise coupable de l'abus n'est pas forcément dominante sur le marché de gros, et dans la mesure où il n'est pas nécessaire que le service ou produit fourni par cette entreprise soit « indispensable » pour que ses clientes puissent la concurrencer sur le marché de détail, quel est l'impact réel d'une compression des marges sur la structure de la concurrence ? À cet égard, l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *TeliaSonera* suscite autant de nouvelles questions qu'il n'apporte de réponses.

La présente chronique décortique la jurisprudence par thèmes: seront ainsi successivement abordés (A) la définition des marchés de communications électroniques, (B) les abus de position

<sup>1044</sup> C.J.U.E., 30 avril 2009, *Lidl c. Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa*, C-132/08, points 29 à 33.

\* Avocate – Van Bael & Bellis. L'auteur remercie Alexandre de Streel, professeur à l'Université de Namur, et Robert Queck, maître de conférences à l'Université de Namur et directeur adjoint du CRIDS, pour leur relecture attentive.

<sup>1045</sup> Articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, «TFUE»), et les articles qui leur correspondent en droit belge, à savoir les articles 2 et 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006.