

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques

Lievens, Eva; Stevens, David; Valcke, Peggy; COPPIETERS'T Wallant, Quentin; Queck, Robert

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

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Lievens, E, Stevens, D, Valcke, P, COPPIETERS'T Wallant, Q & Queck, R 2006, 'Le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques: une avancée significative sur un terrain incertain ?', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 24, pp. 69-105.

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 nouveau cadre réglementaire des communications électroniques: une avancée significative sur un terrain incertain?

Quentin COPPIETERS 'T WALLANT, Eva LIEVENS, Robert QUEECK
David STEVENS & Peggy VALCKE¹

Introduction

Cet article traite avant tout des lois des 13 juin et 6 juillet 2005 relatives aux communications électroniques². Elles régissent notamment les marchés des services et réseaux de transmission de signaux par moyens électromagnétiques (par exemple fils, câbles, ondes hertziennes, moyens optiques) ainsi que ceux des équipements qui y sont connectés, comme par exemple les appareils téléphoniques. La lecture de ces lois doit s'accompagner de celle des lois IBPT³. Les lois communications électroniques remplacent la loi relative aux

1. Prof. dr. Peggy VALCKE enseigne le droit des médias à la K.U.Brussel et est rattachée comme chercheuse post-doctorale du FWO-Vlaanderen à l'Interdisciplinair Centrum voor Recht en ICT (ICRI) de la K.U.Leuven - IBBT (www.icri.be). David STEVENS et Eva LIEVENS sont chercheurs à l'ICRI; Robert QUEECK et Quentin COPPIETERS 'T WALLANT sont respectivement directeur-adjoint et chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des F.U.N.D.P. à Namur (www.crid.be). Les opinions exprimées dans la présente note sont purement personnelles et ne lient aucunement les institutions auxquelles les auteurs appartiennent. Sauf indication contraire, la note reflète la situation au 1^{er} mars 2006. Les auteurs remercient Karen Rosier pour ses conseils et remarques pertinents. Certaines parties de cet article s'inspirent directement de D. STEVENS, P. VALCKE, E. LIEVENS et R. QUEECK, «De nieuwe wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie: laattijdige leerling in overambitieuze Europese klas?», A. & M., 2006, à paraître. Voy. égal. D. STEVENS, C. UYTENDAELE et P. VALCKE (en collaboration avec R. QUEECK), «De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwintet of kakofonie?», *Computerr.*, 2003/1, pp. 44-61; T. VAN OVERSTRAETEN, B. BRUYNDONCKX, E. SZAFFRAN et S. ROUSSEAU, «Belgium finally adopted the electronic communications act transposing the EU telecom package», *C.T.L.R.*, 2005, Vol. 11, n° 7, pp. 203-208. Voy. aussi: Communication du 20 février 2006 de la Commission, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005 (11^e rapport), COM(2006) 68 (ci-après : «11^e rapport d'implémentation») et Commission staff working document, Annex to the European electronic communications regulation and markets 2005 (11th report), SEC(2006) 193, 20 February 2006, vol. I and II, spéc. vol. I pp. 43-57 et 77-94.
2. L. 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, 2^e éd. (ci-après «Loi» ou «Loi communications électroniques»), mod. par L. 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 29 juillet 2005, 3^e éd. (art. 107, § 2, et 115, 4^e) et L. 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 30 décembre 2005, 2^e éd. (art. 110, § 4, 161 et 162); L. 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, *M.B.*, 11 août 2005 (ci-après «Loi dispositions judiciaires», ou ensemble les «Lois communications électroniques»). Le Conseil des ministres projetait à l'origine une seule loi; néanmoins, les art. 77 et 78 de la Const. en ont impliqué la scission (voy. Règl. de la Chambre des représentants, art. 72.2.: «Au cas où, dans un projet ou une proposition de loi qui relève, en vertu de son article 1^{er}, d'une des trois procédures législatives visées à l'article 74, à l'article 77 ou à l'article 78 de la Constitution, des dispositions sont proposées qui relèvent d'une autre de ces trois procédures, ces dispositions sont disjointes de ce projet ou de cette proposition de loi. Les dispositions disjointes du projet ou de la proposition de loi font l'objet d'un nouveau projet ou d'une nouvelle proposition de loi, dont l'examen peut être immédiatement poursuivi au sein de l'organe qui a décidé la disjonction» [http://www.lachambre.be/kvvcr/pdf_sections/publications/reglement/reglementf.pdf]).
3. L. 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (ci-après «Loi IBPT-statut») et L. 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 (ci-après «Loi IBPT-recours»), *M.B.*, 24 janvier 2003, 3^e éd., err. *M.B.*, 4 juin 2003, 2^e éd. Il y a encore d'autres lois régissant le secteur (voy. p. ex. L. 3 janvier 1934 relative à l'établissement des liaisons téléphoniques et télégraphiques souterraines ou aériennes pour les besoins de l'organisation défensive du pays, *M.B.*, 12 janvier 1934; L. 8 juin 1998 relative aux radiocommunications des services de secours et de sécurité, *M.B.*, 13 juin 1998).

radiocommunications de 1979⁴ et, pour l'essentiel⁵, le Titre III («Les télécommunications») de la loi du 21 mars 1991⁶. De par son champ d'application, le nouveau cadre dépasse donc la distinction entre hertzien et non hertzien⁷.

L'ambition du présent article est de décrire et commenter dans les grandes lignes le système introduit par la Loi communications électroniques. Il devrait ainsi fournir au lecteur un fil rouge qui peut le guider à travers une réglementation complexe qui ne comporte pas moins de 165 articles dans le corps du texte et 48 dans son annexe dédiée au service universel. Nous nous atta-

cherons d'abord à dépeindre le contexte tant européen que belge de cette réglementation. Cette description s'accompagne de celle des champ et objectifs de la loi. La structure de la Loi communications électroniques sera également présentée (chap. I). Ensuite, nous examinerons comment sont réglés l'accès aux marchés (chap. II) et la concurrence loyale (chap. III). Il faudra en outre s'attarder sur la protection de l'intérêt général (chap. IV), des consommateurs (chap. V) et de la vie privée (chap. VI). Des aspects institutionnels et procéduriers (chap. VII) seront également évalués. Ceux-ci nécessitent un égard certain aux Lois IBPT.

Chapitre I

Contexte et première approche de la nouvelle législation

1. Contexte européen

Convergence – Les Lois communications électroniques entendent transposer le cadre réglementaire européen «2003» pour les communications

électroniques. Celui-ci comprend essentiellement les Directives «cadre»⁸, «autorisation»⁹, «accès»¹⁰, «service universel»¹¹, «vie privée et communications électroniques»¹² et «concurrence»¹³. Ces Directives ont

4. L. 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications, *M.B.*, 30 août 1979 (ci-après «Loi de 1979»).
5. Notamment la matière des droits de passage reste réglée par cette ancienne loi (voy. *infra*).
6. L. 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, *err. M.B.*, 20 juillet 1991 (ci-après «Loi de 1991»).
7. Cette distinction était déjà en partie dépassée en ce que la Loi de 1991 régissait notamment aussi les communications mobiles.
8. Dir. 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 du 24 avril 2002, pp. 33 et s. L'ensemble des mesures formant le cadre réglementaire européen «2003» peuvent être trouvées sous http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/infocentre/index_en.htm.
9. Dir. 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), *J.O.C.E.*, L 108 du 24 avril 2002, pp. 21 et s.
10. Dir. 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 du 24 avril 2002, pp. 7 et s.
11. Dir. 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 du 24 avril 2002, pp. 51 et s.
12. Dir. 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 du 31 juillet 2002, pp. 37 et s. Voy. également dir. du Parlement européen et du Conseil sur la conservation des 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, ci-après: Directive «conservation de données». Voy. à cet égard sous http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&Dossier=193330 et sous <http://register.consilium.eu.int/pdf/fr/05/st03/st03677.fr05.pdf>.
13. Dir. 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 du 17 septembre 2002, pp. 21 et s. (ci-après: Directive «concurrence»).

une approche horizontale au sens où elles s'appliquent indifféremment à tous les services et réseaux¹⁴ de communications électroniques. Il importe, par exemple, *a priori* peu qu'il s'agisse de télécommunications dans un sens strict (par exemple service téléphonique) ou de radiodiffusion. La philosophie fondant cette approche est qu'en raison de la convergence technologique¹⁵ (par la numérisation généralisée et la compression), une différenciation juridique entre les types de réseaux et de services basée sur une spécialisation technique n'est en principe plus justifiée. En effet, une conséquence de cette convergence technologique est la déspecialisation des infrastructures: auparavant, une infrastructure particulière n'était utilisable que pour un type de service particulier. Par exemple, le câble de télédistribution n'était utilisé que pour la distribution de programmes de télévision. Désormais, ce câble permet également d'accéder à Internet et de téléphoner, tandis qu'il est possible de bénéficier de la télévision par l'infrastructure originellement de téléphonie (xDSL).

En outre, il est important de préciser que cette réglementation porte sur la *transmission* de contenus et non sur

les *contenus* eux-mêmes. Elle précise néanmoins de tenir compte des liens qui existent inévitablement entre les réglementations de ces deux domaines¹⁶.

Transposition – Pour l'essentiel, la transposition du cadre européen était due pour le 24 juillet 2003 et son entrée en application le 25 juillet 2003¹⁷. La Directive «vie privée et communications électroniques» fut adoptée plus tardivement et sa transposition était selon son article 17 dès lors due avant le 31 octobre 2003. La Directive «concurrence», qui codifie les directives de libéralisation antérieures, ne prévoit pas à proprement parler sa transposition. La libéralisation complète de la fourniture des réseaux et des services était en effet déjà imposée à partir de 1998. Il fallait donc simplement fournir «à la Commission, au plus tard le 24 juillet 2003, les informations lui permettant de confirmer que les dispositions de la [Directive «concurrence»] ont été respectées»¹⁸. La transposition fédérale des autres Directives est entrée en vigueur à peu près 2 ans hors délai, le 30 juin 2005. Certes, les Lois IBPT assuraient déjà la conformité du régime belge avec certaines des dispositions européennes concernant les

14. L'art. 2, a), de la Directive «cadre» définit le réseau de communications électroniques comme «les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (...) et mobiles (...), les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise». L'art. 2, c), de la même Directive définit le service de communications électroniques comme le «service (...) qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus (...)».
15. Sur la convergence et ses conséquences réglementaires, voy. notamment «Livre vert du 3 décembre 1997 de la Commission sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation. Vers une approche pour la société de l'information», COM (97) 623; S. BAZZANELLA et Ph. GÉRARD, *Télécommunications et audiovisuel: convergences de vues?*, Bruges, La Charte, 1997, 268 p.; J. DUMORTIER, *Recente ontwikkelingen in media- en telecomunicatiericht*, Brugge, Die Keure, 1996, 355 p.; R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, «La compétence de la Communauté germanophone en matière de radiodiffusion aux prises avec le progrès technologique», in *La Communauté germanophone de Belgique – Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens* (K. Stangherlin éd.), Coll. Projucit, Bruges, La Charte, 2005, pp. 405-445 avec d'autres références.
16. Consid. 5 et art. 8, § 1, al. 3, Directive «cadre».
17. Voy. notamment art. 28, § 1, Directive «cadre».
18. Art. 9, Directive «concurrence».

ARN¹⁹, mais c'est depuis ce 30 juin 2005 qu'en théorie, toutes les dispositions concernant le marché sont transposées au niveau fédéral. Ce retard a déjà valu à la Belgique deux condamnations par la Cour de justice²⁰. Désormais, la Belgique est mise en demeure pour défaut de notification des analyses de marché exigées par le cadre européen²¹. Dans son 11^e rapport d'implémentation²², la Commission rappelle ce problème. Elle en relève comme double cause le retard dans la transposition et les problèmes institutionnels belgo-belges dus à la répartition des compétences (voy. *infra*). En outre, la mise en œuvre du cadre en Belgique nécessite l'adoption d'une série d'arrêtés d'exécution qui font

pour l'instant également défaut (voy. *infra*).

Réexamens – Enfin, des points essentiels de la réglementation européenne sont actuellement soumis à révision: le champ du service universel²³, la Recommandation «marchés» – qui définit le point de vue de la Commission concernant les marchés à réguler *ex ante*²⁴ – et le cadre réglementaire européen dans son ensemble²⁵. À cela, il faut ajouter le projet de Directive «Service de Médias Audiovisuels»²⁶ qui compte notamment étendre en partie le champ de la Directive «Télévision Sans Frontières»²⁷ aux services à la demande.

19. Les Lois IBPT visent principalement le statut et l'organisation de l'autorité réglementaire nationale fédérale. La transposition du cadre réglementaire européen devait par contre être l'objet de la Loi communications électroniques qui se préparait en parallèle. Néanmoins, force est de constater que le projet relatif aux Lois IBPT tel que déposé à la Chambre date du 11 juillet 2002, donc après la publication des principales directives européennes le 24 avril 2002. Le projet déposé expose par conséquent qu'*«il est évident que dans la mesure où certaines des dispositions de ces directives concernent l'organisation de l'organe de régulation, il est en tenu compte dans la présente version du projet de loi»* (voy. «Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges», Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 50 1937/001, p. 7). À titre d'exemples, l'on peut mentionner les dispositions relatives à l'indépendance de l'IBPT qui visent à mettre l'organisation de ce dernier en conformité avec les exigences européennes à cet égard (art. 3, Directive «cadre») et que le cadre réglementaire 2003 avait d'ailleurs repris de son prédécesseur.
20. C.J.C.E., 10 mars 2005, *Commission c/ Belgique*, aff. C-240/04, non encore publié au Recueil; condamnation pour non-transposition des Directives «cadre», «autorisation», «accès» et «service universel». La Belgique a en outre été condamnée pour non-transposition de la Directive «vie privée et communications électroniques»: C.J.C.E., 28 avril 2005, *Commission c/ Belgique*, aff. C-376/04, non encore publié au Recueil. La Belgique n'a pas été poursuivie pour non-transposition de la Directive «concurrence».
21. Voy. Communiqué de presse IP/05/1269 et Mémoire MEMO/05/372 de la Commission européenne du 13 octobre 2005.
22. Annex, vol. I, pp. 77-78.
23. Communication du 24 mai 2005 de la Commission concernant le réexamen de la portée du service universel, en application de l'article 15 de la directive 2002/22/CE, COM(2005)203; Commission Staff Working Document, Annex to the Review of the Scope of Universal Service in Accordance with Article 15 of Directive 2002/22/EC, SEC(2005)660, 24 mars 2006; Communiqué de presse IP/05/594 et Mémoire MEMO/05/165 de la Commission européenne du 24 mai 2005.
24. Communication du 6 février 2006 de la Commission sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire – Consolidation du marché intérieur pour les communications électroniques, COM(2006)28 et Commission Staff Working Document, Annexes accompanying the Communication of 6 February 2006 from the Commission on Market reviews under the EU Regulatory Framework – Consolidating the internal market for electronic communications, SEC(2006)86.
25. *Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services including review of the Recommendation on relevant markets*, European Commission, Information Society and Media Directorate-General, Brussels, 25 November 2005 (http://europa.eu.int/information_society/policy/comm/info_centre/documentation/public_consult/index_en.htm#review) et Communications Committee, Working Document COCOM05-32, Timetable for the Review of the regulatory framework, including revision of the recommendation on relevant markets. Brussels, 30 September 2005 (<http://forum.europa.eu.int/Public/irc/info/cocom1/library>).
26. Proposition de Directive, du 13 décembre 2005, du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle COM/2005/646 (<http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/com2005-646-final-fr.pdf>).
27. Dir. 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, J.O.C.E., L 298 du 17 octobre 1989, pp. 23 et s.

2. Contexte belge

Répartition des compétences – Schématiquement, les communautés sont compétentes pour la radiodiffusion (dans tous ses aspects, contenu aussi bien que transmission) en ce que celle-ci est une matière culturelle. Or les réseaux et services de transmission de signaux de radiodiffusion sont inclus dans le champ d'application du cadre européen des communications électroniques. Il revient donc aux communautés de transposer et mettre en œuvre le cadre dans cette mesure. L'autorité fédérale est compétente pour régler les autres communications électroniques²⁸. La radiodiffusion au sens de la répartition des compétences belge comprend les services fournissant des informations publiques destinées (du point de vue de celui qui les diffuse) à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et qui n'ont aucun caractère confidentiel, même si la diffusion est faite sur demande individuelle. Elle ne comprend par contre pas les services fournissant de l'information individualisée et caractérisée par « *une certaine forme de confidentialité* »²⁹.

Imbrication – Cette répartition n'est cependant pas sans poser de problèmes. Nous avons en effet vu que suite à

la convergence, en principe tout service peut être fourni sur tout réseau – c'est-à-dire qu'il y a une déspecialisation technique des infrastructures. Dans le contexte de la répartition des compétences en Belgique, cela implique que l'État fédéral est potentiellement compétent pour régler le même réseau – en ce qu'il supporte par exemple des services de téléphonie – que celui pour lequel une communauté est compétente – en ce que qu'il supporte de la radiodiffusion. Il y a donc des infrastructures qui sont réglées par deux autorités différentes. Comme la Cour d'arbitrage constate que les compétences sont « *à ce point imbriquées* », elle a jugé que la réglementation de l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et aux télécommunications doit être prise de commun accord entre niveaux fédéral et communautaire³⁰. Dans le cas contraire, la compétence exercée violerait le principe de proportionnalité³¹. Ce commun accord doit couvrir, selon nous, tant l'établissement de normes (en ce compris celles définissant les compétences des régulateurs) que leur mise en œuvre³². En outre, il devrait en pratique devoir pouvoir prendre la forme tant d'un accord de coopération que par exemple d'un consensus³³ en Comité de concertation³⁴. Ainsi, le 2 mars 2005, le Comité

73

28. Les réseaux et services de radiodiffusion dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale ressortissent, en tant que matière bi-culturelle, à la compétence fédérale, dans la mesure où ils ne peuvent pas être attribués exclusivement à une communauté spécifiquement (voy. art. 127, § 2, Const.). À cet égard, voy. e.a. MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, «Évaluation du fonctionnement des nouvelles structures fédérales», rapport fait au nom de la Commission des Affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1333/1 du 30 mars 1999, pp. 480-481.
29. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, *R.D.T.I.*, 2005, n° 21, pp. 55-56, B.10. Voy. aussi D. STEVENS, «De bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp?», note sous C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, et 22 septembre 2004, 155/2004, A. & M., 2005, pp. 159-166; R. QUECK et P. VALCKE (en collaboration avec Q. COPPIETERS 'T WALLANT), «L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse?», note sous C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, *R.D.T.I.*, 2005, n° 21, p. 64; R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, *op. cit.*, p. 417.
30. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.6.2, B.7.1 et dispositif ainsi que C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.7 et dispositif.
31. Sur l'éventuelle trop grande extension de ce principe, voy. W. PAS, «Federale loyauiteit, de bevoegdheid inzake toerisme en unicommunautaire reisbureaus. Enkele bedenkingen bij het arrest 119/2004 van het Arbitragehof», *T.B.P.*, 2005, pp. 147-164, et spéc. p. 153-154.
32. Sur ce sujet, voy. R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, *op. cit.*, p. 436; R. QUECK et P. VALCKE (en collaboration avec Q. COPPIETERS 'T WALLANT), *op. cit.*, p. 70, pp. 443-44.
33. Le Conseil d'État semble toutefois exiger un accord plus formel qu'un simple consensus en Comité de concertation (voy. «Projet de loi portant des dispositions diverses», *Avis du C.E.*, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51 1845/001, p. 203 et note 25).
34. R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, *op. cit.*, pp. 435-436 et 444-445.

de concertation saisi par la Communauté germanophone semble avoir approuvé les (avant-)projets de «Rundfunkdekret» germanophone et de Lois communications électroniques fédérales, après insertion de certaines modifications³⁵.

Incertitudes juridiques – Ce problème de compétence risque d'entraver le bon développement du secteur. Au niveau fédéral, l'on peut considérer que l'IBPT est désormais bloquée dans pas mal de ses actions par le nouvel article 14, § 2, 5° (approuvé par ledit Comité de concertation le 20 avril 2005³⁶) de la Loi IBPT-statut: «*Dans le cadre de ses compétences, (...) l'Institut 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 avec les Communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques*». Un tel accord n'est pas encore définitivement conclu à l'heure où nous écrivons ces lignes³⁷.

Au niveau communautaire, la Cour d'arbitrage a annulé³⁸ dans ce contexte

l'article 18 du décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004³⁹, puisqu'il n'a pas été pris de commun accord. Il s'agissait des dispositions concernant les réseaux de communications électroniques. À son tour, la Communauté flamande a introduit le 17 janvier 2006 un recours en annulation contre le décret de la Communauté française en la matière⁴⁰. Seul le décret de la Communauté germanophone n'a pas encore été mis sur la sellette devant la Cour d'arbitrage. Ce dernier décret bénéficie en principe du consensus intervenu au sein du Comité de concertation.

3. Champ de la réglementation analysée

Réseaux, services et terminaux – La Loi communications électroniques aborde les réseaux et services de communications électroniques aussi bien que les équipements terminaux et hertziens⁴¹. Elle couvre donc fort logiquement toute la chaîne d'une communication électronique et dépasse en ceci le champ du cadre réglementaire européen 2003. Ce dernier n'a en effet pas estimé devoir modifier le cadre européen antérieur à 2003 régissant les ter-

35. Amendements au «projet de loi relatif aux communications électroniques», *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/015 du 16 mars 2005; «projet de décret de la Communauté germanophone sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques» (Dekretentwurf über den Rundfunk und die Kinovorstellungen), adopté et promulgué le 27 juin 2005 (*M.B.*, 6 septembre 2005), Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Comm. germ., sess. ord. 2004-2005, n° 35/1 du 8 avril 2005, comme indiqué en sa page 2 (ci-après «Rundfunkdekret»).
36. «Projet de loi portant des dispositions diverses», Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51 1845/001, p. 65.
37. La Flandre n'a, en effet, pas signé le projet d'accord existant, exigeant d'obtenir des avancées dans un autre dossier, celui des fréquences (B. BROENS, «Vlaanderen blokkeert telecomakkoord», *De Tijd*, 9 juin 2005, p. 5; voy. égal. 11° rapport d'implémentation, annex, vol. I, p. 78).
38. C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, *M.B.*, 5 août 2005 (annulation sur un recours introduit par l'IBPT). Notons que la Cour dans ce dernier arrêt a également annulé des dispositions de la communauté flamande relatives aux systèmes d'accès conditionnel, aux guides électroniques de programmes et aux interfaces de programmes d'application. Il s'agit ici de ressources associées en matière de radiodiffusion, c'est à dire de ressources qui permettent ou soutiennent la fourniture de services via un réseau ou services de communication électroniques, sans en être à leur tour (voy. art. 2, a), f), p), Directive «cadre»; art. 2, 17° Loi communications électroniques). Pour ces ressources associées la Cour a sans doute estimé que leur impact sur l'infrastructure de transmission électronique commune était suffisamment fort que pour créer une obligation de coopération.
39. Décr. 7 mai 2004 modifiant certaines dispositions des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, et certaines autres dispositions relatives à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 9 août 2004, err. *M.B.*, 24 novembre 2005.
40. L'avis de recours fut publié au *Moniteur belge* le 10 février 2006. Il s'agit plus précisément d'un recours du Gouvernement flamand en annulation des articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *M.B.*, 17 avril 2003, 2° éd.

minaux de télécommunication⁴². En ce qui concerne les réseaux et services, la présente analyse tout comme la Loi communications électroniques n'ont pour objet que la réglementation fédérale des réseaux et services de communications électroniques. Nous avons vu qu'il s'agit de la réglementation régissant en Belgique les communications électroniques autres que de radiodiffusion. En effet, «*la transposition dans l'ordre juridique belge d'une directive européenne ne peut se faire que dans le respect des règles qui déterminent les compétences respectives de l'État, des communautés et des régions*»⁴³. Par conséquent, la Loi communications électroniques définit comme réseau de communications électroniques «*les systèmes de transmission, actifs ou passifs et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux autres que ceux de radiodiffusion et de télévision*»⁴⁴. En raison de sa réalité constitutionnelle (voy. *supra*), la Belgique ne prévoit donc pas un cadre réglementaire horizontal couvrant l'ensemble des réseaux et services de

communications électroniques, comme c'est le cas pour l'Europe. Les dispositions du cadre réglementaire européen 2003 ne préjugent en vérité pas des répartitions de compétences internes à un État membre, ni n'exigent en droit la mise en place d'un cadre réglementaire unique. Cependant, les soucis de cohérence, de non-discrimination et de neutralité technologique qui sont au cœur du cadre européen impliquent que les dispositions de transposition des autorités compétentes respectives soient semblables⁴⁵. Cette similitude doit certes s'opérer sans préjudice des champs de compétence respectifs et de l'inévitable pouvoir d'appréciation inhérent à la transposition de directives. Notons de même que la Directive «cadre» préconise que la convergence technologique implique que les réseaux et services de transmission soient couverts par «*un même cadre réglementaire*»⁴⁶.

Systèmes actifs ou passifs – En outre, il convient de s'attarder sur une particularité de la transposition belge de la notion européenne de «réseau». À la différence de cette dernière, la Loi communications électroniques parle de «*systèmes de transmission, actifs ou passifs*» (nous soulignons). L'exposé des motifs n'explique pas l'insertion de l'expression «*actifs ou passifs*». Une pre-

41. Est considéré comme «*équipement terminal*»: un produit ou un composant pertinent d'un produit, permettant de réaliser des communications électroniques et destiné à être connecté directement ou indirectement aux interfaces d'un réseau public de communications électroniques», alors que constitue un «*équipement hertzien*»: un produit ou un composant pertinent d'un produit qui permet de réaliser des communications électroniques par l'émission et/ou la réception d'ondes radioélectriques en utilisant le spectre radioélectrique attribué aux communications terre/espace, à l'exception des appareils destinés exclusivement à la réception des émissions de radiodiffusion sonore et télévisuelle» (art. 2, 41° et 42°, Loi communications électroniques); voy. aussi *infra*, chap. II.4.
42. Dir. 88/301/CEE de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, J.O.C.E., L 131 du 27 mai 1988, pp. 73 et s.; Dir. 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 1999, concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, J.O.C.E., L 91 du 7 avril 1999, p. 10 et s.
43. C.A., 31 octobre 2000, n° 109/2000, M.B., 29 novembre 2000, 2^e éd., B.4.1. Voy. aussi B.5.3.2.
44. Art. 2, 3°. La même volonté de se limiter à la sphère de compétence fédérale ressort d'ailleurs de la définition que l'art. 2, 5°, de la Loi donne de «service de communications électroniques»: «*le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission, en ce compris les opérations de commutation et de routage, de signaux sur des réseaux de communications électroniques, à l'exception (...) (c) des services de la radiodiffusion y compris la télévision*».
45. À cet égard, voy. Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, «Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques – Enjeux pour la Belgique fédérale», A. & M., 2002, p. 265; R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, *op. cit.*, p. 430.
46. Consid. 5.

mière explication pourrait être que le législateur belge a souhaité inclure la « fibre nue »⁴⁷ dans le champ de la réglementation – notamment en matière de droits de passage. Notons d'emblée que ce faire ne donnerait pas seulement aux fournisseurs de fibre nue les droits que le cadre réglementaire prévoit en faveur des opérateurs, mais les soumettrait aussi aux obligations qui s'appliquent à eux (voy. *infra*). Cependant, une fibre nue telle que nous l'entendons ne peut pas être qualifiée en soi de système de transmission qui se suffit à soi-même pour l'acheminement de signaux. Or, c'est cette dernière qualification qui nous semble décisive pour pouvoir parler de « réseau ». Par conséquent, l'ajout de l'élément « passif » à la définition ne nous semble pas vraiment suffire pour inclure la fibre nue en tant que telle dans le concept de réseau⁴⁸. Pour ce faire, il aurait probablement fallu utiliser un concept plus neutre comme, par exemple, l'« équipement de transmission » à la place de celui de « système », comme le fait la version française de la Directive « concurrence » dans son article 1^{er}⁴⁹. Une autre explication de la terminologie « actifs ou passifs » serait que « actif renverrait aux éléments d'infrastructure s'occupant du transport de signaux (p. ex. transmetteurs ou routeurs), tandis que 'passif' renverrait à l'infrastructure qui n'est pas impliquée par le transport en soi de signaux mais qui les transmet uniquement en raison de ses

caractéristiques (p. ex. des câbles que transmettent le courant électrique) »⁵⁰, tout en restant dans le cadre d'un système. C'est alors cependant le mot « ou » qui fait problème car, pour rappel, les éléments passifs seuls ne permettent pas l'acheminement de signaux.

4. Objectifs et lignes de force du cadre

La Loi contient quatre lignes de force⁵¹ : « l'optimisation de la concurrence par un système de régulation plus souple, la simplification de l'accès au secteur pour les acteurs du marché, la protection des utilisateurs [notamment par leur meilleure information – nous ajoutons], et la garantie d'un service universel socialement pertinent ». Les articles 6, 7 et 8 de la Loi reprennent en outre les objectifs énumérés aux articles 8, §§ 2, 3 et 4⁵² de la Directive « cadre ». Ils ajoutent à ces lignes de force que l'action des ARN doit également être guidée par la poursuite du marché intérieur. Ainsi, la souplesse ou flexibilité ne peut pas faire fi de l'harmonisation européenne ni de la sécurité juridique. De même, le législateur européen souhaite que la réglementation sectorielle soit minimale – de manière à limiter les barrières à l'entrée – et laisse progressivement la place au seul droit de la concurrence⁵³. Enfin, une manière de ne pas fausser la concurrence est de respecter

47. Égal. appelée « fibre noire » (*dark fibre*). Nous entendons par ce concept une fibre non activée, éventuellement équipée de certains équipements, mais cet ensemble en tant que tel ne permet pas la transmission de signaux sans l'ajout d'autres équipements (voy. consid. 7, Directive « concurrence »).
48. Ceci n'empêche pas qu'une fibre noire, à un certain moment dans le temps non activée, non éclairée par des pulsions de lumière, fasse partie d'un ensemble plus vaste qui constitue effectivement un système de transmission permettant l'acheminement de signaux et donc d'un réseau de communications électroniques.
49. Néanmoins, d'autres versions (p. ex. anglaise ou néerlandaise) de cette Directive parlent bien de « système » dans la définition de réseau de communication électronique.
50. D. STEVENS, P. VALCKE, E. LIEVENS et R. QUECK, *op. cit.*, notre traduction.
51. « Projet de loi relatif aux communications électroniques », Rapport, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/018, p. 4.
52. La Directive « cadre » parle de « citoyens » plutôt que d'utilisateurs.
53. Cette progression vers l'unique droit de la concurrence vise plus le domaine des relations entre opérateurs que celui de l'allocation des ressources ou de la fourniture du service universel. Voy. notamment R. CAWLEY, « Aligning ex-ante regulation with anti-trust law: some issues and problems », paper presented at the 30th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy, Telecommunications Policy Research Conference (TPRC), September 28-30, 2002, Alexandria, Virginia, 19 p., disponible sous http://tprc.org/papers/2002/35/TPRC-paper-rc-Aug_12.pdf.

le principe de neutralité technologique: la réglementation et la régulation ne peuvent en principe pas favoriser une technologie aux dépens d'une autre (art. 8, § 1, al. 2 – voy. cependant consid. 18, Directive «cadre»). Le caractère horizontal du cadre réglementaire 2003 est une application de ce principe.

5. Structure de la Loi communications électroniques

La Loi est structurée en six titres d'une façon proche des Directives. Les Titres I et V contiennent les dispositions transversales. Ils correspondent pour la majeure partie à la Directive «cadre» (contenant notamment les définitions et objectifs du cadre ainsi que les dispositions relatives aux ARN) et sont abordés par les chapitres I («Contexte») et VII («Aspects institutionnels et

procéduraux») du présent article. Le Titre II de la Loi comprend les dispositions concernant l'accès au marché et a ainsi pour objet principal de transposer la Directive «autorisation». Il est le sujet d'étude du chapitre II. Le chapitre III examine la matière visée par le Titre III de la Loi transposant notamment la Directive «accès»: la concurrence loyale. Enfin le Titre IV est censé transposer tant la Directive «service universel» que la Directive «vie privée et communications électroniques». Ces matières seront traitées respectivement aux chapitres IV («Service universel et services complémentaires»), V («Protection des utilisateurs finals») et VI («Protection de la vie privée»). Tant la Loi que le présent article suivent donc dans les grandes lignes la structure des Directives formant le cadre réglementaire européen 2003 pour les communications électroniques.

77

Chapitre II Accès aux marchés

Introduction – Dans ce chapitre, nous traiterons tout d'abord l'une des principales innovations du nouveau cadre réglementaire: le principe d'autorisation générale et le mécanisme de notification. Ce contexte nous permettra également d'aborder la problématique du statut juridique des anciens arrêtés d'exécution. Dans un deuxième temps, nous examinerons les «redevances administratives» prévues par la Loi. Enfin, nous verrons brièvement comment la Loi règle l'utilisation des domaines publics et privés ainsi que l'utilisation et la commercialisation d'équipements de communications électroniques.

1. Qui peut agir sur les marchés des communications électroniques?

Principe d'autorisation générale

– Le principe d'autorisation générale signifie que toute personne peut de droit fournir des services ou réseaux de communications électroniques: il n'y a plus d'autorisation individuelle à obtenir à cet égard. L'article 2, § 2, a), de la Directive «autorisation» définit l'«autorisation générale» par «*un cadre juridique mis en place par l'État membre, qui garantit le droit de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques et qui fixe les obligations propres au secteur pouvant s'appliquer à tous les types de réseaux et de servi-*

ces de communications électroniques, ou à certains d'entre eux». Ainsi, si l'article 3 de la Loi stipule que la «fourniture de réseaux et de services de communications électroniques est libre, sous réserve des conditions fixées par ou en vertu de la loi»⁵⁴, cette liberté peut désormais être exercée de façon plus automatique. L'objectif poursuivi par cette nouvelle philosophie est de simplifier l'accès au marché et ainsi stimuler la concurrence.

Activités qui doivent être notifiées – Cette liberté d'accéder au marché est encadrée par un système de notification: «La fourniture ou revente en nom propre et pour son propre compte de services ou de réseaux de communications électroniques ne peut débiter (...) qu'après une notification à [l'IBPT]» (art. 9, Loi). Cette notification doit permettre à l'IBPT de tenir un registre des acteurs du marché⁵⁵. La fourniture de services de communications électroniques correspond à l'offre de la transmission, normalement contre rémunération⁵⁶, de signaux électromagnétiques sur un réseau de communications électroniques (voy. art. 2, 5°, Loi). La fourniture de réseaux de communications électroniques correspond à la mise en place, l'exploitation, la surveillance ou la mise à disposition d'un réseau, c'est-à-dire d'un système de

transmission de signaux électromagnétiques (art. 2, 4° et 10°). L'obligation de notification préalable vise donc *a priori* tous les services – les transmissions – et tous les réseaux – les systèmes de transmission – de communications électroniques.

Tandis qu'auparavant l'obligation pour le revendeur d'également déclarer ses activités était discutée, désormais il est clair que tant le fournisseur que le «revendeur en nom propre et pour son propre compte»⁵⁷ doivent notifier leurs activités (art. 9, Loi). Par cette entrée certaine dans le champ d'application du régime, d'une part, les clients de revendeurs bénéficieront de la même protection que les clients de fournisseurs au sens strict et, d'autre part, les revendeurs bénéficieront des mêmes droits que ces fournisseurs au sens strict. Il appartiendra par contre au Roi de déterminer si les revendeurs pour le compte d'opérateurs – et non plus en leur nom et compte propre – devront aussi notifier leurs activités dans ce cadre (art. 47, Loi)⁵⁸. Le Roi peut aussi fixer les conditions de cette commercialisation. Selon l'exposé des motifs, même si ces revendeurs-ci ne doivent pas être qualifiés d'opérateurs, il pourra éventuellement s'avérer pertinent d'imposer certaines exigences d'exploitation à certaines catégories parmi eux⁵⁹.

54. L'art. 4 de la Loi prévoit certes la possibilité d'exceptions relatives à la sécurité et santé publique, à l'ordre public, à la défense du Royaume et à des «situations exceptionnelles». Le principe de liberté demeure cependant. Relevons que contrairement à l'ancien art. 68 de la Loi de 1991, cet article ne vise plus explicitement les terminaux.

55. Art. 3, § 3, Directive «autorisation».

56. Cette notion de rémunération doit sans doute s'entendre de façon assez large. Outre le simple paiement du service par le destinataire, une publicité vendue par le fournisseur du service pourrait également constituer une rémunération au sens de cette définition. L'essentiel, d'un point de vue européen, est qu'il s'agisse d'une activité économique. Comp. la notion de rémunération en matière de services de la société de l'information: E. MONTERO (dir.), M. ANTOINE, A. CRUQUENAIRE, P. de LOCHT, M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO et O. LEROUX, *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 3.

57. Sur le plan européen, un tel revendeur est couvert par la notion de fournisseur. Il n'opère pas en tant que tel de réseau, mais son activité consiste à revendre au détail et sous sa propre marque des capacités de réseau achetées en paquets à un «réel» opérateur de réseau. Voy. la chaîne de supermarchés Carrefour qui lance sa marque de téléphonie mobile «Mobile 1» en utilisant la capacité du réseau Base («Carrefour lanceert eigen gsm-merk, (tijd-nieuwslijn) – De supermarktketen Carrefour lanceert deze maand een eigen gsm-merk in België. Dat vernam de redactie van De Tijd», *De Tijd*, 6 février 2006, www.tijd.be).

58. Cela pourrait être le cas de certains «phone shops».

59. «Projet de loi relatif aux communications électroniques», Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/001, p. 32.

Nuances à l'obligation générale de notification – Il faut cependant quatre fois nuancer l'obligation générale de notification. Premièrement, la répartition des compétences qui attribue les matières culturelles aux communautés fait que ne sont pas visés ici les services et réseaux en ce qu'ils relèvent de la radiodiffusion⁶⁰. Ensuite, en vertu de l'article 161 de la Loi, les personnes titulaires d'autorisations individuelles datant de l'ancien cadre réglementaire sont réputées avoir rempli l'obligation de notification du nouveau cadre⁶¹. Troisièmement, les entreprises européennes non belges ne doivent notifier en Belgique que si elles souhaitent fournir des réseaux ou des services de communications électroniques en Belgique. La notification n'est pas nécessaire s'il s'agit simplement pour l'entreprise de demander l'accès et l'interconnexion⁶². Il suffit dans ce cas qu'elle soit un opérateur valide⁶³ au sens de la réglementation de son pays d'origine (art. 10, al. 2 et 3, Loi)⁶⁴. Enfin, si l'on prend le champ de cette obligation à la lettre, il donne à l'extrême un résultat pour le moins étonnant: un particulier mettant ses trois ordinateurs en réseau chez lui pourrait être considéré comme fournisseur de réseau de communications électroniques et serait dès lors soumis à l'obligation de notification. En l'état, le texte vise en effet également les réseaux privés⁶⁵ et ce, sans distinction.

L'arrêté royal du 16 juillet 1998⁶⁶ prévoit certes que «*toute personne exploitant un réseau non public de télécommunications inférieur à 300 mètres ou ne traversant pas le domaine public, est dispensée de déclarer celui-ci*» (art. 2, al. 2). Cependant, nous doutons de la validité juridique actuelle de cet arrêté royal. Celui-ci a en effet été adopté sur base de l'article 92 de la Loi de 1991⁶⁷. Cet article est abrogé et la nouvelle loi n'offre sur ce point pas de disposition équivalente qui pourrait servir de base légale suffisante⁶⁸ pour l'arrêté royal en cause: la loi n'autorise pas d'exemption. Nous pouvons cependant déduire du contenu de la notification (numéro de TVA ou de registre du commerce, date de début des activités – voy. *infra* la nature de la notification) que son obligation ne vise que des activités à caractère économique. Cela exclurait donc notre hypothèse. De plus, il faudrait admettre qu'une telle obligation pour le particulier serait contraire au principe européen de proportionnalité⁶⁹, à moins de considérer que l'absence de caractère économique d'une telle mise en place l'ôte de l'emprise du droit européen. En pratique, nous voyons mal également où serait l'intérêt de l'IBPT d'appliquer à la lettre une telle obligation.

Nature de la notification – La Loi exige, en ligne avec ce que permet la

60. Rappelons que cette exclusion est notamment expressément prévue dans les définitions de «réseau de communications électroniques» et de «service de communications électroniques». Sur la question de la répartition des compétences, voy. notamment R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, *op. cit.*; R. QUECK et P. VALCKE (avec la collaboration de Q. COPPIETERS 'T WALLANT), *op. cit.*
61. Notons que cet article a été affiné par la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses, M.B., 30 décembre 2005, 2^e éd.
62. Nous songeons ici aux cas frontaliers.
63. La Loi parle, à l'instar de l'art. 3, § 2, de la Directive «accès», d'acteur «autorisé». L'expression est malheureuse, puisqu'une autorisation spécifique n'est en principe plus nécessaire pour agir valablement.
64. Voy. «Projet de loi relatif aux communications électroniques», Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/001, p. 17.
65. Un réseau est privé lorsqu'il n'est pas utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques au grand public (voy. les définitions des art. 2, d), de la Directive «cadre», et 2, 10°, de la Loi communications électroniques).
66. A.R. 16 juillet 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux non publics de télécommunications, M.B., 26 septembre 1998.
67. Le premier paragraphe de cet article stipulait que «l'établissement et l'exploitation de réseaux non publics de télécommunications est libre moyennant déclaration à l'Institut». Cette déclaration équivalait à l'actuelle notification. L'article 92 était exécuté par l'arrêté royal de 1998 qui prévoyait donc également les exceptions à l'obligation de notification.

Directive «autorisation», une notification sommaire identificatrice à l'attention de l'IBPT. L'article 9 fournit une liste cumulative d'identifiants comprenant nom, adresse, n° de TVA et de registre de commerce ou assimilé, une personne de contact, une description succincte et précise du service ou réseau et la date du début des activités. Il s'agit donc pour un candidat-opérateur de s'identifier. Il ne s'agit pas (plus) de démontrer ses aptitudes à offrir ce genre de services. La notification doit être faite par envoi recommandé et l'opérateur doit informer l'IBPT de tout changement concernant ses identifiants et de l'arrêt prévu de ses activités.

En vertu de l'article 9, § 4, de la Loi, l'IBPT doit délivrer à l'opérateur une déclaration individuelle confirmative. Il s'agit d'une confirmation utile mais point d'une autorisation. Nous avons en effet vu que l'autorisation est générale dès le départ. Cette déclaration confirme que l'opérateur notifié «peut, le cas échéant : 1° introduire une de-

mande en vue de l'installation de ressources; 2° négocier l'accès; 3° obtenir l'accès». Selon l'article 9 de la Directive «autorisation», l'IBPT dispose pour cette déclaration d'un délai d'une semaine. Nous insistons sur le fait qu'il ne s'agit que d'une confirmation: l'opérateur ne doit pas l'attendre pour commencer valablement ses activités.

Qualification d'opérateur – La conséquence clef d'une notification est la qualification d'opérateur. La Loi dispose en effet que quiconque a notifié est opérateur (art. 2, 11°, Loi). Vu que tout fournisseur de services comme de réseaux de communications électroniques doit exécuter cette notification, la notion d'opérateur en droit belge recouvre une catégorie extrêmement large d'acteurs. En comparaison, la notion d'opérateur en droit européen est confinée aux fournisseurs de réseaux publics et n'est quant à elle pas étendue aux fournisseurs de réseaux privés ni aux fournisseurs de services. D'autre part, la notion d'opérateur dans cette

68. Selon le principe de substitution de fondement, des arrêtés d'exécution adoptés sous l'empire d'une loi abrogée peuvent trouver une base juridique nouvelle dans la loi qui la remplace. Cette substitution de base juridique n'est cependant pas automatique. Il convient de vérifier pour chaque article s'il peut trouver un fondement suffisant dans la nouvelle loi et s'y conforme. L'on pourrait songer à l'art. 39 de la Loi communications électroniques, qui stipule notamment que «§ 1^{er}. Nul ne peut (...) détenir un appareil émetteur et/ou récepteur de radiocommunications, ni établir et faire fonctionner une station ou un réseau de radiocommunications non public [ndla: le caractère «non public» est un élément nouveau par rapport à la l'ancienne réglementation. Cette nouveauté ne semble pas être expliquée dans les travaux parlementaires] sans avoir obtenu l'autorisation écrite de l'Institut. Cette autorisation est personnelle et révocable. § 2. Le Roi (...) peut déterminer les cas où ces autorisations ne sont pas requises». Force est cependant de constater que l'art. 39 est un successeur direct de l'art. 3 de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications (M.B., 30 août 1979). En outre, il mentionne la nécessité d'une autorisation individuelle. Or l'autorisation générale doit également bénéficier aux fournisseurs de réseaux non accessibles au public (voy. p. ex. consid. 4, Directive «autorisation»). Il convient dès lors d'interpréter l'art. 39 comme visant les équipements et non les réseaux en tant que tels. Cet article ne peut par conséquent fonder l'A.R. visé. Si nécessaire, il nous semble que l'art. 108 de la Const. – fondant le pouvoir général d'exécution des lois par le pouvoir exécutif – pourrait également servir de substitut, pour autant toujours que la disposition ne contredise pas la loi nouvelle. Dans le cas contraire, la disposition ne serait plus fondée et son application pourrait, le cas échéant, être écartée par le juge ordinaire sur base de l'art. 159 de la Const. Sur ce sujet, voy.: Cass. (2^e ch.), 24 janvier 1966, *Pas.*, 1966, I, pp. 664-665; CONSEIL D'ÉTAT, BUREAU DE COORDINATION, *Légistique formelle, Recommandation et formules*, Novembre 2001, <http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Lforf1.pdf>, p. 52, note 91; H. COREMANS et M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, Die Keure, 2001, p. 65. En l'espèce, l'A.R. exempte les «petits» réseaux privés de l'obligation de notification, alors que la loi n'autorise pas d'exemption. Pour un exemple où le Conseil d'État admet que la Loi communications électroniques fournit un substitut de fondement, voy. A.M. 1^{er} septembre 2005 modifiant l'arrêté ministériel du 9 janvier 2001 relatif à l'établissement et la mise en service de stations radioélectriques par des radioamateurs, M.B., 27 septembre 2005. Cet A.M. est fondé sur l'A.R. du 15 octobre 1979 pris en vertu de la Loi de 1979. Le Conseil d'État estime que l'A.R. trouve la continuité de son fondement, après l'abrogation de la Loi de 1979, dans la Loi communications électroniques et que, par conséquent, l'A.M. reste fondé également, fût-ce en tenant compte de certaines adaptations. De manière générale, on peut se demander si le maintien de la majorité des arrêtés d'exécution n'est pas hypothéqué par le fait que le nouveau cadre contient toute une série de nouveaux concepts et philosophies.
69. Voy. en ce sens, consid. 16, Directive «autorisation»: «Il convient d'imposer aux réseaux et services de communications électroniques qui ne sont pas fournis au public des conditions moins nombreuses et moins strictes qu'à ceux qui sont fournis au public».

loi ne s'étend pas, comme le fait pourtant le droit européen, à l'offrant de ressources associées⁷⁰.

La qualification d'opérateur offre tout d'abord la possibilité d'exercer la liberté de fournir prévue à l'article 3 de la Loi et de demander l'utilisation partagée de sites de réseau (art. 9, § 2, Loi). En outre, en «*cas de fourniture de services [ou] réseaux publics, les opérateurs qui satisfont aux obligations (...) peuvent négocier dans [l'UE] l'accès avec des fournisseurs de services ou réseaux publics (...) autorisés [et] ils peuvent également être désignés pour prêter [des composantes du service universel]*» (art. 10, Loi). Enfin, les opérateurs offrant des services de téléphonie publics doivent contribuer tant au fonds social⁷¹ qu'au fonds pour le service universel (art. 95, Loi)⁷².

Exception au principe d'autorisation générale: droits d'utilisation des numéros et des fréquences – En matière de numéros (art. 11, Loi) et de fréquences (art. 12 à 24, Loi), une licence individuelle – c'est-à-dire une décision d'octroi spécifique – peut bien être requise, dans la mesure où une telle contrainte est nécessaire pour une allocation efficace de ces ressources⁷³. L'IBPT est gestionnaire de l'espace de numérotation et du spectre des fréquences, et la procédure

d'attribution doit être ouverte, transparente et non discriminatoire. Les conditions d'attribution imposables par le pouvoir exécutif sont fixées de façon exhaustive dans la Loi. Pour les numéros et les fréquences attribués à des fins spécifiques dans les plans nationaux, les décisions d'attributions doivent être prises et rendues publiques endéans respectivement trois et six semaines⁷⁴. Notons enfin qu'en ce qui concerne les droits d'utilisation de fréquences, l'article 19 prévoit la possibilité de transferts avec l'accord de l'IBPT.

Autres déclarations – L'offre au public d'annuaires et de services de renseignements doit faire l'objet d'une déclaration à l'IBPT (art. 45 et 46, Loi)⁷⁵. Les abonnés peuvent gratuitement opter pour ne pas figurer dans des annuaires ou des services de renseignement. En outre, l'offre de services de cryptographie (p. ex. pour l'internet banking ou les factures électroniques verrouillées) est libre mais doit faire l'objet d'une déclaration préalable (art. 48).

Enfin, la Loi contient une disposition résiduaire permettant au Roi d'encadrer des nouvelles activités qui ne seraient pas couvertes par le cadre réglementaire actuel (art. 49). Cet arrêté royal est abrogé s'il n'est pas confirmé dans les quinze mois de sa publication. Il s'agit d'une sorte de souplesse régu-

70. Directive «accès», art. 2, c): «*opérateur*: une entreprise qui fournit ou est autorisée à fournir un réseau de communications public ou une ressource associée». Cette différence significative concernant le champ de la notion d'opérateur entre droit belge et droit européen appelle à la plus grande vigilance du praticien lisant en parallèle les Directives du cadre réglementaire 2003 et la Loi communications électroniques et souhaitant notamment mettre en application des obligations en matière d'interconnexion.

71. C'est-à-dire un fonds pour la composante sociale du service universel. Voy. Loi, art. 74 et *infra*.

72. Sur ce sujet, voy. *infra*.

73. Néanmoins, lorsqu'en matière de fréquences, le danger de brouillage préjudiciable est négligeable, les licences individuelles sont proscrites (art. 5, Directive «autorisation»). Cela vise notamment les réseaux Wi-Fi d'une puissance et d'une couverture limitées. «*Brouillage préjudiciable*» se définit par «*le brouillage qui compromet le fonctionnement d'un service de radionavigation ou d'autres services de sécurité ou qui altère gravement, entrave ou interrompt de façon répétée le fonctionnement d'un service de radiocommunications ou d'un service de communications électroniques utilisé conformément à la réglementation applicable*» (art. 2, 39°, Loi).

74. Ces délais peuvent dans certains cas être prolongés (art. 11, § 5 et art. 21, § 2, al. 2, Loi).

75. Dans la version néerlandaise de la Loi, la déclaration relative à l'offre d'annuaires doit être préalable. Ce n'est pas le cas de la version française. Nous attirons également l'attention du lecteur sur les vocables utilisés et parfois mélangés par le législateur. Ainsi, «*déclaration*» est traduit tour à tour par «*verklaring*» (art. 9, § 4), «*informereren*» (art. 45), «*aangifte*» (art. 47) et «*kennisgeving*» (art. 48). En outre, la «*déclaration*»-«*aangifte*» (art. 47) fait en réalité référence à la «*notification*»-«*kennisgeving*» (art. 9).

latoire face à l'innovation. Selon les travaux préparatoires⁷⁶, « Cette disposition vise plutôt le contrôle d'activités périphériques aux communications électroniques, et qui présentent un caractère relativement 'marginal'. Il est néanmoins important de créer une base légale suffisante pour permettre l'adoption de mesures rapides et efficaces face à des situations imprévues et potentiellement nuisibles par exemple au bon développement de la concurrence dans le secteur ou à la protection des consommateurs ». Par contre, si une telle activité perdait son caractère marginal, un processus législatif en bonne et due forme s'imposerait.

2. Qui paye quelles redevances administratives à l'ARN ?

Les articles 29 et 30 de la Loi portent sur les « redevances administratives ». La loi en distingue deux sortes : la redevance générale et la redevance d'utilisation⁷⁷.

Redevance générale – La redevance générale (art. 29) a pour but de couvrir les coûts administratifs globaux qu'encourent, par exemple, l'IBPT ou le Service public de programmation Télécommunications pour leurs diverses activités de contrôle, de coopération internationale, d'analyse de marchés, de décisions administratives, de préparation et d'établissement de la législation, etc. Comme le relève le Conseil d'État⁷⁸, il faut s'interroger sur la nature de cette contribution : s'agit-il d'une re-

devance ou d'un impôt ? Une redevance est la contrepartie d'un service rendu individuellement au redevable. L'article 29 semble trop vague et trop large pour pouvoir entrer dans cette qualification. Il conviendrait dès lors d'en conclure qu'il s'agit d'un impôt. Or les éléments essentiels d'un impôt doivent être prévus par la loi⁷⁹ et non par arrêté royal⁸⁰, comme le prévoit l'article 29. La Loi IBPT-Statut (art. 30, al. 3) prévoit certes la confirmation par la loi endéans les 12 mois des contributions établies par arrêtés royaux qui ne seraient pas des redevances. Néanmoins, la Cour d'arbitrage n'admet la validité d'une délégation temporaire au Roi que si sa promptitude est nécessaire au regard de l'intérêt général et si la délégation au Roi est explicite⁸¹. Il est loin d'être certain que ces conditions soient remplies en l'espèce. En tout état de cause, la répartition de ces charges doit se faire de manière objective, transparente et proportionnée, minimisant les coûts supplémentaires pour les entreprises (lecture conjointe des art. 29, § 2, de la Loi et 12, § 1, b), de la Directive « autorisation »). Le considérant 31 de la Directive « autorisation » ajoute que le régime ne devrait « pas créer de distorsions de la concurrence ni de barrières à l'entrée sur le marché » et qu'une solution à cet égard pourrait être d'adopter une clef de répartition liée au chiffre d'affaires.

La Loi communications électroniques ne parle pas des bilans annuels et ajustements que la Directive « autorisation » commande pourtant. Selon cette der-

76. « Projet de loi relatif aux communications électroniques », Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/001, p. 33.

77. La Directive « autorisation » parle quant à elle respectivement de « taxe administrative » (art. 12) et de « redevance » (art. 13).

78. « Projet de loi relatif aux communications électroniques », Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/001, pp. 227-228. Voy. égal. « Projet de loi relatif aux statuts du régulateur des postes et des télécommunications belges », Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 50 1937/001, pp. 67-68.

79. Art. 170 de la Const.

80. Comp. à cet égard l'arrêt de la Cour d'arbitrage annulant des dispositions de la Loi de 1991 relatives au financement du fonds pour le service universel parce que la détermination des éléments essentiels de ce qui était analysé comme constituant un impôt était laissée au Roi (C.A., 17 avril 1997, n° 21/97, consid. B.5.2.).

81. C.A., 19 mai 2004, n° 88/2004, consid. B.7.2.

nière, les « *autorités réglementaires nationales (...) publient un bilan annuel [des] coûts administratifs et de la somme totale des taxes perçues. Les ajustements nécessaires sont effectués en tenant compte de la différence entre la somme totale des taxes et les coûts administratifs* » (art 12, § 2). Les entreprises ayant contribué au titre de cette redevance générale devraient donc, le cas échéant, se voir rembourser ou créditer lorsqu'elles auraient payé plus que ce qui était nécessaire pour couvrir les coûts visés. Tandis que la Loi communications électroniques ne touche mot de ce mécanisme d'ajustements, l'article 32, § 1, de la Loi IBPT-statut semble *a priori* dire le contraire: « **L'Institut rétrocède à l'État le solde des ressources lorsque ces ressources excèdent les frais de fonctionnement de l'Institut** » (nous soulignons). Une interprétation conforme serait que cette rétrocession à l'État doit lui permettre d'utiliser ces fonds à d'autres fins également réglementaires des communications électroniques. Cela pourrait, par exemple, couvrir certaines activités du Service public fédéral de programmation Télécommunications ou du Conseil de la Concurrence pour sa compétence en matière de règlement des litiges (voy. *infra*). Malgré cette interprétation conforme, il faudrait encore que la Belgique prévoie un mécanisme de bilan annuel *ad hoc* et d'ajustements.

Redevance d'utilisation – La Loi prévoit à l'article 30 la possibilité pour le Roi de soumettre à des redevances les droits d'utilisation de radiofréquences ou de numéros. La justification

d'une telle redevance doit se faire en termes d'utilisation optimale des ressources. L'utilité de cette redevance peut par ailleurs être de couvrir d'autres coûts que ceux couverts par la redevance générale (consid. 32, Directive « autorisation »). Quelle qu'en soit l'utilisation, la redevance doit être objectivement justifiée, transparente, non discriminatoire et proportionnée eu égard à l'usage auquel elle est destinée et doit tenir compte des objectifs de concurrence, marché intérieur et protection du consommateur (art. 13, Directive « autorisation »). Elle ne peut empêcher le développement de services novateurs (consid. 32, Directive « autorisation »).

3. Règles en matière de droits de passage et d'utilisation partagée

En matière de droits de passage pour l'établissement de réseaux de communications électroniques publics, le projet de loi relatif aux communications électroniques déposé à la Chambre des représentants⁸² prévoyait également de reprendre – avec quelques modifications⁸³ – les articles 97 à 104 de la Loi de 1991. Ces dispositions permettent d'utiliser les domaines publics gratuitement et les domaines privés pour la mise en place et l'entretien des réseaux concernés. Cette partie a cependant été retirée du projet lors de son examen en Commission parlementaire. Le retrait fut justifié par la crainte de violer la répartition des compétences entre les niveaux fédéral et régional⁸⁴. Les dispositions en cause sont

82. « *Projet de loi relatif aux communications électroniques* », Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/001, pp. 23 et s.
83. Notamment l'adaptation au nouveau cadre réglementaire européen 2003 et l'extension du bénéfice de ces dispositions à tous les « opérateurs » de réseaux publics.
84. « *il y a lieu de conclure un accord de coopération avec les Régions* » (« *Projet de loi relatif aux communications électroniques* », *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/008, pp. 4-6, amendement n° 107-115). L'on devrait en savoir plus sur le sujet après la réponse de la Cour d'arbitrage à une question préjudicielle sur ce point posée par le Conseil d'État (voy. C.E., 29 novembre 2005, *État belge c/ Région flamande*, n° 151.824, <http://www.raadvst-consetat.be>, inscrite au Rôle de la Cour d'arbitrage sous le n° 3821, M.B., 23 décembre 2005).

par conséquent maintenues sous leur ancienne forme dans la Loi de 1991⁸⁵.

84

L'utilisation partagée de sites de réseau est réglementée par les articles 25 à 28 de la Loi. Les articles 25 à 27 de la Loi imposent aux opérateurs⁸⁶ de partager les sites d'antenne tant que faire se peut et à des conditions raisonnables. Les opérateurs doivent aussi collaborer à l'élaboration et l'utilisation d'une base de données des sites d'antenne. Le Roi peut décider de réglementer l'utilisation partagée d'autres sites (art. 28, Loi).

4. Mise sur le marché d'équipements

Les dispositions en matière d'équipement (transposant notamment la Dir. 1999/5/CE), qui visent à la fois les équipements terminaux et les équipements hertziens, ont été reprises presque telles quelles respectivement de la Loi de 1991 (art. 32 à 38, Loi) et de la Loi de 1979 (art. 39 à 44, Loi)⁸⁷. Le régime reste donc dans les grandes lignes inchangé⁸⁸. De manière générale, le fabricant lui-même est responsable de la conformité d'un équipement avec les exigences de base⁸⁹ déterminées par la Loi.

Chapitre III Concurrence loyale

1. Quand des obligations peuvent-elles être imposées à certains opérateurs ?

Un des objectifs principaux de la nouvelle loi est l'adaptation de la réglementation existante à l'évolution rapide des marchés des réseaux et des services de

communications électroniques, où une libre concurrence s'est déjà développée dans une certaine mesure. En effet, la législation précédente – qui date principalement d'avant la libéralisation totale de janvier 1998 – était principalement destinée à servir comme premier pas de la transition de marchés monopolisés

85. En même temps, l'art. 155 de la Loi communications électroniques a supprimé toutes les définitions de la Loi de 1991 notamment utilisées dans cette partie relative aux droits de passage finalement maintenue.
86. Le fait que le projet de loi visait en réalité les opérateurs de réseaux de communications électroniques *publics* a été perdu au cours des travaux parlementaires, lors de la suppression des articles relatifs aux droits de passage (voy. «Projet de loi relatif aux communications électroniques», *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/008, p. 4, amendement n° 107).
87. La combinaison des Loïs de 1979 et 1991 donne lieu à l'étrange juxtaposition de leurs définitions respectives : comp. en particulier les définitions des concepts «appareil émetteur-récepteur de radiocommunications» (Loi de 1979 – art. 2, 36°, Loi) et «équipement hertzien» (Loi de 1991 – art. 2, 42°, Loi), définis séparément mais englobant à première vue les mêmes matériaux radio. Selon l'exposé des motifs, il faut cependant faire la distinction : «Équipement hertzien est en effet un terme générique qui comprend tant les appareils émetteurs, les appareils récepteurs que les appareils émetteurs-récepteurs. Tous les équipements hertziens ne sont pas composés d'une partie émettrice et réceptrice. C'est ce qui ressort des définitions qui sont par conséquent toutes les deux importantes et doivent être maintenues» («Projet de loi relatif aux communications électroniques», Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/001, p. 11).
88. Voy. A.R. 26 septembre 2000 relatif aux équipements hertziens et terminaux et à la reconnaissance de leur conformité, *M.B.*, 31 octobre 2000. De même, pour une description détaillée du régime, voy. IBPT, *Notice explicative concernant Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité*, La directive R&TTE, (version 2004.07), 22 p., disponible sur www.ibpt.be.
89. Il y a des exceptions à l'obligation de respecter ces exigences de base, p. ex. en matière de sécurité publique (voy. art. 34, Loi). Relevons à ce titre que la phrase liminaire de l'art. 34 «L'article 40 n'est pas applicable aux» doit se lire «L'article 32 n'est pas applicable aux». La renumérotation du contenu de cet article a en effet été oubliée au cours des travaux parlementaires («Projet de loi relatif aux communications électroniques», Texte adapté en Commission, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/019).

vers des marchés concurrentiels. Par contre, le point de départ implicite de la nouvelle loi est que tous les droits spéciaux et exclusifs sont supprimés et que – moyennant quelques exceptions⁹⁰ – seules peuvent encore être imposées des obligations à certains opérateurs puissants après qu’aient été constatés, pour un marché spécifique, des manquements au fonctionnement de la libre concurrence (art. 50-56, Loi). Tout comme la Loi de 1991, la nouvelle loi prend pour point de départ de l’établissement de conventions d’accès et/ou d’interconnexion les négociations commerciales de bonne foi (art. 50-53, Loi) entre opérateurs. En outre, les exploitants de réseaux publics de communications ont encore toujours le droit et l’obligation de négocier entre eux au sujet de l’interconnexion «*en vue de la fourniture des services de communications électroniques accessibles au public*» (art. 52, Loi).

2. Notion de puissance significative

Puissance significative – La notion de «puissance significative» (SMP)⁹¹ joue toujours un rôle déterminant pour l’imposition d’obligations *ex ante*. Comme auparavant, l’on juge encore nécessaire, afin de permettre un déroulement loyal de la libre concurrence, d’imposer des obligations spécifiques («régime asymétrique») aux opérateurs disposant d’une position puissante sur le marché. En effet, un certain nombre de marchés du secteur des communi-

cations électroniques sont encore trop peu concurrentiels que pour ne pas y maintenir momentanément un contrôle sectoriel. Souvent, les nouveaux entrants dépendent encore, pour leurs prestations de services, des opérateurs existants (ceux-ci correspondent souvent, mais plus toujours, aux anciens monopolistes), qui pourraient utiliser cette position de pouvoir pour écarter leurs concurrents du marché. Le régime SMP a justement pour but d’éviter⁹² de tels abus éventuels de la part de ceux disposant d’une position de pouvoir, et de réaliser ainsi une concurrence effective sur les marchés. Le but ultime est une situation de concurrence réelle dans tous les segments du secteur des communications, de manière à ce que la réglementation sectorielle puisse être levée le plus possible et que le contrôle concurrentiel général (du Conseil de la concurrence) suffise.

Notion redéfinie – Ce mécanisme est donc resté inchangé par rapport à la législation précédente. Il apparut toutefois sur les marchés que la notion de SMP n’était pas assez dynamique que pour rendre également possible dans le futur une régulation flexible des marchés des communications, marchés caractérisés par des évolutions rapides et imprévisibles. En outre, une adaptation s’imposait afin de pouvoir prendre en compte la concurrence croissante. Le contenu de la notion de SMP a dès lors été redéfinie pour mieux s’accorder au terme de «position dominante» utilisé en droit général de la concurrence⁹³, et permet une plus

90. Énumérées à l’art. 56 de la Loi.

91. Le terme anglais «*significant market power*» (SMP) utilisé dans les directives européennes a été traduit dans celles-ci et dans la nouvelle législation fédérale par «puissance significative» (SMP). En ce qui concerne la notion de SMP sous l’ancien et le nouveau cadre réglementaire, voy. en particulier: P. VALCKE, *Digitale Diversiteit – Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 375-407 et 453-505; A. de STREEL, «The New Concept Of ‘Significant Market Power’», *E.C.L.R.*, 2003, pp. 535-542.

92. Ceci est précisément la différence avec le droit général de la concurrence: là où le droit de la concurrence sanctionne les abus de pouvoir postérieurement (*a posteriori*), l’intention du régime SMP est d’intervenir ultérieurement (*a priori*) afin que ne puissent pas se produire d’abus.

93. A. de STREEL et R. QUECK, «La ‘puissance significative’ nouvelle est arrivée ! L’évolution de la réglementation asymétrique dans le secteur des communications électroniques», *Rev. Ubiquité*, n° 13, octobre 2002, pp. 43-71.

grande flexibilité dans chacune des trois phases de son application : la définition du marché, l'analyse du marché et l'imposition d'obligations⁹⁴.

3. Définition du marché

Deux phases pour la définition de marché – Ainsi, l'IBPT devra, dans le futur, définir à intervalles réguliers les marchés dans lesquels des obligations spécifiques peuvent éventuellement être imposées (art. 54, Loi). La délimitation des marchés doit en principe se faire conformément aux méthodes du droit de la concurrence⁹⁵ et sur base de la Recommandation «marchés» de la Commission européenne⁹⁶. Cette Recommandation contient la liste des marchés de produits pertinents «dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires»⁹⁷, interprétés par la Commission comme étant des marchés caractérisés par des barrières élevées et non provisoires à l'entrée (qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire) où l'on ne peut pas s'attendre à ce qu'une concurrence effective se développe spontanément et où le droit général de la concurrence ne suffit pas pour résoudre le problème⁹⁸. En d'autres mots, le premier pas de la «définition du marché»

se compose en réalité d'une phase de «sélection du marché» et d'une phase de «délimitation du marché». Pour les marchés repris dans la Recommandation «marchés», l'IBPT délimite uniquement la dimension géographique, en tenant compte des circonstances nationales. L'IBPT peut toutefois aussi définir des marchés qui se trouvent en dehors de la liste de la Commission ou qui s'en écartent. Dans ce cas, il faut suivre un certain nombre de procédures spécifiques, en vertu desquelles il faut, d'une part, que le secteur et les autres régulateurs soient consultés, et, d'autre part, que la Commission européenne donne son autorisation pour la définition divergente⁹⁹.

Les 18 marchés de produits identifiés par la Commission européenne dans sa Recommandation «marchés» de 2003 sont :

Au niveau des marchés de détail :

N°	Description
1	Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
2	Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle

94. Les différentes étapes dans le régime SMP ne sont traitées que brièvement dans les paragraphes suivants. Pour plus de détails, voy. A. de STREEL, «Market Definitions in the new European regulatory framework for electronic communications», *Info*, 2003, vol. 5, 3, pp. 27-47 ; *id.*, «The Integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications», *World Competition*, 2003, vol. 26, 3, pp. 489-513. Pour le secteur mobile en particulier, voy. : P. VALCKE, R. QUECK & E. LIEVENS, *EU Communications Law: Significant Market Power in the Mobile Sector*, Cheltenham (UK) & Northampton (USA), Edward Elgar, 2005, 187 p.
95. Voy. art. 15, Directive «cadre» et 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.*, L 165 du 11 juillet 2002, pp. 6 et s. (ci-après : «Lignes directrices analyse du marché»).
96. Recommandation de la Commission européenne 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.C.E.*, L 114 du 8 mai 2003, pp. 45 et s. (ci-après : Recommandation «marchés»).
97. Voy. art. 15 et consid. 27, Directive «cadre».
98. Recommandation «marchés», consid. 9 et s. (pour plus de détails, voy l'«Exposé des motifs» accompagnant cette Recommandation, disponible sous http://europa.eu.int/information_society/policy/ecomms/doc/info_centre/recomm_guidelines/relevant_markets/fr1_2003_497.pdf). Concernant le «test des trois critères», voy. A. de STREEL, «Remedies in the European Electronic Communications Sector», in *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation* (D. GERADIN ed.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2004, pp. 67-124.
99. Voy. *infra*.

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> 3 Services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle 4 Services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle 5 Services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle 6 Services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle 7 Ensemble minimal de lignes louées | <ul style="list-style-type: none"> 16 Terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels 17 Marché national de la fourniture en gros d'itinérance internationale sur les réseaux publics de téléphonie mobile 18 Services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux |
|---|--|

Au niveau des marchés de gros :

- | N° | Description |
|----|--|
| 8 | Départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée |
| 9 | Terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée |
| 10 | Services de transit sur le réseau téléphonique public fixe |
| 11 | Marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux |
| 12 | Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande |
| 13 | Fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées |
| 14 | Fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain |
| 15 | Accès et départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles |

Comparé à l'«ancien» système, où les marchés étaient identifiés directement dans la loi elle-même et de façon statique, cette nouvelle façon de définir le marché équivaut à un assouplissement considérable. L'IBPT peut désormais suivre plus rapidement les circonstances changeantes du marché et procéder à une nouvelle délimitation du marché au cas où les problèmes de droit de la concurrence se déplaceraient. Cette flexibilité accrue doit toutefois être nuancée: le point de départ de la définition du marché reste encore toujours la Recommandation «marchés» et la Commission européenne garde également le dernier mot et ce par son pouvoir de «veto» qu'elle détient dans le cadre de la procédure de consolidation du marché intérieur (voy. *infra*). Cela doit permettre d'éviter que la liberté d'action accrue des régulateurs nationaux ne mène à une trop grande fragmentation des marchés nationaux dans l'Union européenne.

4. Analyse du marché

Méthodologie du droit de la concurrence – L'essence de l'analyse du marché, qui est la deuxième phase du processus d'évaluation, est que l'IBPT vérifie quel(s) opérateur(s) peut (peuvent) être désigné(s) comme opérateur(s) détenant une SMP sur un marché identifié (art. 55, Loi). Le critère prévu par l'ancienne loi était une part de marché de 25 % ou plus. Ici aussi, l'IBPT est

censé disposer, suite à la nouvelle réglementation, d'une plus grande flexibilité, étant donné qu'il devra désormais juger de la position d'une entreprise sur un marché sur base de méthodes et critères issus du droit de la concurrence¹⁰⁰. Désormais, « *un opérateur est considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent si, individuellement ou conjointement avec d'autres, il se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients ou des consommateurs* » (art. 55, § 3, al. 2, Loi¹⁰¹). De plus, la possibilité est également conférée à l'IBPT de constater une position dominante collective chez deux entreprises ou plus (*joint dominance*). Finalement, la nouvelle loi permet également qu'une entreprise avec SMP soit aussi considérée comme dominante sur des marchés étroitement liés (« effet-levier » ou *leverage*). L'exemple habituel dans le secteur des communications est celui d'une entreprise qui a une position puissante sur le marché de l'infrastructure et qui est capable de prolonger cette position sur le marché voisin des services (p. ex. pour des services de téléphonie vocale ou d'accès à l'internet).

5. Imposition d'obligations

Pas d'automatisme – La troisième phase, l'imposition d'obligations spécifiques à des entreprises disposant d'une SMP sur un marché déterminé, est également plus dynamique. L'article 55, § 3, alinéa 1, de la Loi prévoit comme

point de départ général que des obligations spécifiques ne peuvent être imposées que quand un marché déterminé n'est pas concurrentiel (en pratique: quand au moins une entreprise avec SMP peut être identifiée sur le marché concerné). Tous les marchés doivent être régulièrement analysés afin de déterminer si certaines mesures doivent être imposées, modifiées ou supprimées. Ces obligations ne sont donc plus imposées automatiquement, contrairement à la législation précédente (de 1991). Les articles 57 à 65 de la Loi contiennent uniquement une énumération d'obligations possibles (voir encadré ci-après), alors que la responsabilité de les imposer dans des cas concrets (sur base d'une appréciation individuelle) revient désormais à l'IBPT. L'IBPT doit respecter certains principes lors de la sélection des obligations (art. 5, Loi): elles doivent être basées sur la nature du problème constaté, être justifiées à la lumière des objectifs généraux énumérés dans les articles 6 à 8 (promotion de la concurrence, contribution au marché intérieur et protection des utilisateurs) et être proportionnelles aux objectifs poursuivis. Elles doivent également respecter les principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de neutralité technologique¹⁰².

Les principales obligations pouvant être imposées aux opérateurs SMP sont les suivantes:

Base juridique	Description
Article 58	Obligations en matière de non-discrimination
Article 59	Obligations en matière de transparence

100. Remarquez toutefois que l'ancienne notion de SMP permettait au régulateur national de dévier de la règle de la part du marché de 25 % sur base d'autres critères, comme l'accès aux sources financières, la possession de facilités essentielles, l'intégration verticale, etc., d'une part, et aussi que pour l'appréciation d'une puissance significative économique au sens du droit de la concurrence, la part du marché d'une entreprise est souvent déterminante (avec pour conséquence la constatation habituelle de dominance quand les parts atteignent 40 à 50 % ou plus), d'autre part. Il faut donc ici nuancer quelque peu la «flexibilité accrue».

101. Comp. l'art. 14, al. 2, de la Directive «cadre».

102. Voy. art. 5, § 3, et 8, § 4, de la Directive «accès».

- Article 60 Obligations de séparation comptable^a
- Article 61 Obligations en matière d'accès aux et d'utilisation des facilités de réseaux
- Article 62 Obligations en matière de contrôle des prix et d'orientation des coûts
- Article 63 Obligations en matière de sélection et de présélection de l'opérateur
- Article 64 Obligations en matière de services offerts aux utilisateurs finals
- Article 65 Obligations en matière d'offre de lignes louées

a. Remarquons que le Roi peut prescrire certains modèles et certaines méthodes comptables que l'IBPT devra manier (art. 60, § 1, al. 2, Loi).

Marchés de gros et marchés de détail – Alors que les articles 57 à 62 de la Loi règlent la relation entre ceux qui offrent des services et des réseaux de communications électroniques (dont entre autres l'obligation d'accorder aux concurrents l'accès à ses réseaux ou services), les articles 63 à 65 contiennent des obligations qui peuvent éventuellement être imposées aux opérateurs SMP pour leurs relations avec les utilisateurs (finals). Elles peuvent, par exemple, impliquer que les entreprises désignées ne peuvent pas demander de prix exagérés, entraver l'accès au marché, limiter la concurrence en cassant les prix (*price squeeze*), faire preuve d'une préférence injustifiée pour certains utilisateurs finals ni grouper des services de façon déraisonnable. D'importantes compétences sont donc conférées à l'IBPT. L'imposition de ces obligations, dans le but de remédier à l'absence de concurrence réelle sur un marché d'utilisateurs finals, est

toutefois soumise à la condition que la concurrence loyale ne peut être atteinte par l'imposition « d'obligations de commerce de gros » ou par les mesures concernant la sélection ou la présélection d'opérateurs prévue dans l'article 63 (art. 64, § 1, Loi)¹⁰³.

Avis du Conseil de la concurrence

– De plus, l'IBPT doit, pour l'imposition des obligations, recueillir, selon deux procédures spécifiques, l'avis du Conseil de la concurrence. L'article 55, § 4, de la Loi contient la procédure standard pour la procédure de concertation entre l'IBPT et le Conseil de la concurrence. Celle-ci prévoit que l'IBPT ne peut prendre une décision finale que lorsque et pour autant que le Conseil de la concurrence ait disposé d'un délai de 30 jours pour émettre un avis sur le projet de mesure. Par contre, l'article 55, § 5, prévoit une procédure où le Conseil de la concurrence « émet un avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence ». Cependant, il est clair que sur le terrain, le respect ou l'impact de ces deux procédures sera sans doute assez minime. Alors que dans la procédure standard (§ 4), le Conseil de la concurrence peut donner son appréciation globale d'une mesure projetée, l'IBPT n'est pas obligé, dans ce cas, de suivre l'avis du Conseil dans sa décision finale. Cette obligation pèse bien évidemment sur l'IBPT en ce qui concerne la procédure d'avis contraignant (§ 5). En revanche, la compétence d'appréciation du Conseil est fortement réduite, vu que cet avis (contraignant) ne peut concerner que la question de savoir si une mesure projetée est conforme « aux objectifs visés par le droit de la concurrence », plus précisément l'objectif d'un marché concurrentiel. L'IBPT est

103. L'art. 64, § 2, al. 2, de la Loi exclut la mise en place d'un système d'approbation préalable des tarifs de détail. Cela paraît limiter les pouvoirs de l'IBPT en contrariété avec l'art. 17 de la Directive « service universel », qui laisse une marge de manœuvre plus grande aux ARN.

toutefois tenu par la loi de prendre en compte également d'autres objectifs de base (art. 5, Loi), comme entre autres la protection des utilisateurs et l'intention d'obtenir un marché intérieur européen harmonisé. Il semble donc qu'en pratique, l'avis du Conseil de la concurrence serait impératif pour l'IBPT pour autant que le Conseil estime que la mesure projetée entraverait (même à long terme) l'existence d'un marché concurrentiel.

Autres obligations – L'attribution au Roi (et non à l'IBPT¹⁰⁴) de la possibilité d'imposer, «[si] des circonstances exceptionnelles le justifient» et après un

avis de l'IBPT, d'autres obligations que celles mentionnées dans la loi est une particularité belge. La Commission européenne dispose toutefois d'un droit de veto (art. 56, § 2, Loi)¹⁰⁵.

Enfin, les articles 66 et 67 contiennent un certain nombre de dispositions spécifiques pour les opérateurs disposant de privilèges particuliers (comme un monopole légal ou une exemption pour certains impôts) dans d'autres secteurs. De tels opérateurs sont obligés de séparer de façon structurelle leurs activités dans le secteur des communications électroniques de leurs autres activités.

Chapitre IV Service universel et services additionnels

Concept de service universel – Afin de parer à d'éventuelles défaillances suite à un fonctionnement libre du marché, les directives européennes pour le secteur des télécommunications ont introduit jadis le concept de «service universel»: l'incorporation de la garantie qu'un assortiment minimum de services de télécommunications universels et à prix abordables sera mis à disposition par au moins un opérateur. Ce concept a été maintenu jusqu'à aujourd'hui. Un nouveau et important point de départ des nouvelles Directives (et de la loi belge) est qu'en ce qui concerne la livraison de ce service, aucun opérateur ne peut être exclu *a priori*. Le «marché» du service universel est donc

réellement ouvert et les opérateurs ont le droit d'être désignés (et dédommagés!) pour fournir des éléments du service universel. Il s'agira, pour la plupart des éléments du service universel, d'une possibilité plutôt hypothétique, étant donné qu'en l'état actuel de la législation, il est obligatoire de desservir la totalité du territoire national (art. 69, Loi)¹⁰⁶.

Le contenu du service universel est fixé par l'article 68 de la Loi¹⁰⁷. L'assortiment devant être fourni aux bénéficiaires se compose des éléments suivants:

- l'accès au service téléphonique public de base en position déterminée (art. 70-73, Loi);
- les tarifs sociaux pour certains

104. Alors que l'art. 8, § 3, al. 2, de la Directive «accès» avait bel et bien l'intention de créer une telle possibilité pour le régulateur.

105. La Commission relève – dans son 11^e rapport d'implémentation – que la Directive «service universel» permet pourtant de désigner plusieurs fournisseurs régionaux du service universel pour couvrir l'ensemble du territoire (art. 8 de cette Directive). Elle semble attendre les arrêtés d'exécutions pour la rassurer sur ce point. Voy. 11^e rapport d'implémentation, annex, vol. I, p. 59.

106. La Commission relève – dans son 11^e rapport d'implémentation – que la Directive «service universel» permet pourtant de désigner plusieurs fournisseurs régionaux du service universel pour couvrir l'ensemble du territoire (art. 8 de cette Directive). Elle semble attendre les arrêtés d'exécutions pour la rassurer sur ce point. Voy. 11^e rapport d'implémentation, annex, vol. I, p. 59.

107. Voy. art. 3 à 15, Directive «service universel».

groupes de bénéficiaires (art. 74, Loi);

- la mise à disposition d'un nombre minimal de téléphones publics payants (art. 75-78, Loi);
- l'accès à un service universel de renseignements (art. 79-85, Loi);
- l'accès à un annuaire universel (art. 86-91, Loi).

Fournisseur du service universel

- La Loi contient, pour chacun de ces éléments, des dispositions concernant la désignation des entreprises chargées de les fournir. Une procédure d'adjudication publique est prévue. Chaque opérateur peut poser sa candidature pour fournir le service. Ce n'est que lorsque aucun candidat ne se présente que les autorités peuvent obliger un opérateur à fournir un service déterminé à tous les utilisateurs (*play or pay* - voy. art. 71, 76, 80 et 87). Le fournisseur reçoit une rétribution: soit sur base du prix convenu pendant la procédure d'adjudication, soit sur base des coûts nets¹⁰⁸ contrôlés par l'IBPT (voy. art. 73, 78, 85 et 91, avec renvoi aux art. 100-102). Ces rétributions sont financées par des contributions venant des opérateurs de services de téléphonie publique au fonds pour le service universel (art. 92-104).

Réglementation séparée pour l'élément social - Toutefois, une réglementation séparée vaut pour l'élément social du service universel (tarifs sociaux). En effet, l'article 74 de la Loi dispose que chaque opérateur de téléphonie publique fixe ou mobile doit offrir des conditions tarifaires spéciales aux catégories d'utilisateurs bénéficiaires. À cette fin, la Loi érige un «fonds social» séparé auquel les opérateurs doivent contribuer quand leur part d'abonnés sociaux n'atteint pas la moyenne dans le secteur.

On peut, d'une perspective européenne, légitimement se poser des questions quant à cette réglementation. Les opposants à cette réglementation mentionnent en effet qu'elle a pour effet d'étendre l'obligation en matière de tarifs sociaux à la téléphonie mobile, alors que ni la disponibilité ni l'abordabilité de la téléphonie mobile ne ferait partie de l'assortiment de «service universel» tel que défini dans le chapitre II de la Directive «service universel». Par contre, des partisans renvoient à l'article 9, § 2, de la Directive «service universel», qui prévoit la possibilité de veiller à ce que l'accès au ou l'utilisation du *service de téléphonie publique* (défini dans l'art. 2, c), de la même Directive comme étant la téléphonie fixe et mobile) ne soit pas entravé pour des consommateurs à bas revenu ou avec des besoins sociaux particuliers. Ensuite, ils renvoient aux articles 10 (concernant le contrôle des dépenses), 11 (concernant la qualité du service), 12 (concernant le calcul des coûts) et 13 (concernant le financement du service universel), qui contiennent tous des renvois explicites vers l'article 9, § 2, afin de conclure que les tarifs sociaux pour la téléphonie mobile seraient bel et bien conformes à ces dispositions.

Services additionnels - Enfin, la Loi contient un chapitre séparé du service universel (art. 105-107) garantissant aux utilisateurs certains services additionnels. Étant donné que ces services ne font pas partie du service universel, leur coût ne peut pas être imposé aux opérateurs (p. ex. au moyen du fonds pour le service universel)¹⁰⁹. Ce sont les autorités qui doivent elles-mêmes en assurer le financement. Actuellement, Belgacom est le seul opérateur obligé d'offrir ces services.

108. Remarquez que l'exigence prévue par l'art. 13 de la Directive «service universel», selon laquelle le coût doit constituer une «charge injustifiée», n'est pas reprise dans la loi belge.

109. Art. 32, Directive «service universel».

Chapitre V

Protection des consommateurs

Droits des utilisateurs – La nouvelle loi contient en outre des dispositions générales concernant les intérêts et les droits des utilisateurs (Titre IV, Chapitre III, «Protection des consommateurs finals»). Ainsi, les opérateurs sont obligés de conclure un contrat dans lequel sont repris un nombre minimum de points et d'annoncer certaines informations (entre autres en matière de tarifs et de qualité) de façon transparente. De plus, l'IBPT doit veiller à la qualité et la sécurité des services et réseaux proposés (art. 113 à 115), tout comme il doit veiller sur l'offre de la part des opérateurs de facilités de paiement (art. 117-119), de blocage des appels vers certaines catégories de numéros (art. 120) ou de facilités complémentaires (art. 121), comme le *calling line identification* (CLI) ou le *dual tone multi frequency* (DTMF).

Ventes conjointes – En outre, il est remarquable que la Loi communications électroniques permette une exception limitée à l'interdiction fondamentale de vente conjointe de l'article 54 de la Loi sur les pratiques du commerce¹¹⁰. Suite au caractère spécifique du secteur et à l'évolution technologique (principalement la convergence), le législateur a souhaité lever les seuils qui empêchaient les utilisateurs de recevoir une offre intégrée de services. Ainsi, l'article 112 prévoit la possibilité de vendre des «services téléphoniques, in-

ternet, télévisuels et/ou les produits intermédiaires interactifs» (décodeurs) sous certaines conditions cumulatives strictes:

- chaque produit et chaque service doivent être disponibles séparément;
- le consommateur doit être informé du prix séparé et de l'avantage en matière de prix;
- l'offre conjointe doit engendrer un avantage en matière de prix pour le consommateur;
- la durée de validité et d'éventuelles autres modalités doivent être mentionnées;
- la durée maximale de l'offre conjointe est d'un an.

Lors de la rédaction de cet article, le législateur semblait viser principalement l'offre de services convergents (le dénommé *triple play*: téléphonie fixe – internet – télévision)¹¹¹. Il ne semble néanmoins pas exclu que, par exemple, une offre conjointe de services de téléphonie fixe et mobile (combinés ou non avec l'offre d'appareillage intermédiaire), voire un *quadruple play*¹¹² (*triple play* + téléphonie mobile), soient ainsi rendus possibles. Toutefois, le champ d'application précis de cette disposition est difficile à cerner à cause d'un manque d'accord entre la terminologie de cet article et celle de la Loi sur les pratiques du commerce.

110. Ou plus précisément: l'art. 112 de la Loi mentionne les produits et services pouvant former un tout au sens de l'art. 55, 1°, de la Loi sur les pratiques du commerce, pour lesquels l'interdiction de vente conjointe est écartée (L. 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991).

111. «Projet de loi relatif aux communications électroniques», *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51 1425/009, amendement n° 147.

112. Pour un exemple de *quadruple play*, voy. «Telenet et Mobistar se rapprochent», *La Libre Belgique*, 15 février 2006, p. 12.

Chapitre VI

Protection de la vie privée

93

1. Étendue de la protection

Opérateur – La nouvelle loi entraîne également une adaptation des dispositions relatives à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques¹¹³. Comme dans la Directive 2002/58/CE relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, les activités typiques de radiotélévision sont exclues du champ d'application de la Loi, et ce au vu de l'absence de compétence des autorités fédérales en la matière et du caractère public de l'information diffusée. Par contre, alors que la Directive 2002/58/CE précitée n'est applicable qu'aux réseaux de communications électroniques accessibles au public, le champ d'application de la plupart des dispositions de la Loi est étendu aux réseaux privés dès lors qu'elles s'appliquent aux opérateurs, indépendamment du type de réseau concerné.

Abonné – Une innovation importante de la Loi réside dans le fait que la protection offerte ne se limite plus aux personnes physiques. Certaines mesures sont étendues aux personnes morales, du fait principalement de l'usage de la notion d'« abonné » – défini dans l'article 2, 15°, comme étant « toute personne physique ou morale titulaire d'un numéro attribué par un opérateur pour la fourniture de services de communications électroniques et qui utilise un service de communications électroniques en exécution d'un contrat passé avec un opérateur » (cf. supra).

Principe de départ – L'article 124 de la Loi forme le point de départ de la protection: personne ne peut, sans autorisation de la part de toutes les autres personnes concernées, prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement, ni des données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne, ni non plus identifier intentionnellement des personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu. Il n'est pas non plus permis de modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non. Un certain nombre d'exceptions à ce principe sont prévues à l'article 125. La Loi permet entre autres ces actes lorsqu'ils sont nécessaires pour vérifier le bon fonctionnement du réseau et pour assurer la bonne exécution d'un service de communications électroniques, ou afin d'empêcher la réception des communications électroniques non désirées par l'utilisateur final qui souhaite bénéficier d'un tel service.

2. Protection des données de trafic

Traitement par des personnes compétentes pendant un temps limité – L'article 122 de la Loi règle le traitement par les opérateurs des données de trafic relatives aux abonnés et aux utilisateurs finals. Ces données ne

113. Nombre de dispositions reprises dans ce chapitre précisent que les dispositions générales de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée restent d'application aux traitements qu'elles régissent. Voy. également L. 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, M.B., 31 août 2005, 3^e éd.

peuvent être traitées que par un nombre limité de personnes compétentes au sein de l'entreprise de l'opérateur (art. 122, § 5) et doivent être effacées ou rendues anonymes dès qu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission des communications (art. 122, § 1). Aucun délai fixe n'est prévu à cet égard, mais les dispositions de la loi générale sur la protection de la vie privée impliquent que les données ne peuvent pas être conservées plus longtemps que ce qui est nécessaire au vu de l'objectif pour lequel elles ont été collectées.

Exceptions à la limite temporelle

– Certaines exceptions sont prévues à ce principe d'effacement et d'anonymisation. Ainsi, les opérateurs doivent tout de même continuer à collaborer avec les instances compétentes pour la recherche d'infractions et avec le Service de médiation pour les télécommunications pour la recherche d'utilisations malveillantes (art. 122, § 1, al. 2, 1° et 2°, Loi; voy. égal. l'art. 126). De plus, certaines données spécifiques peuvent être traitées par les opérateurs dans le but d'établir les factures d'abonnés ou des paiements d'interconnexion (art. 122, § 2, Loi) et afin de déceler des fraudes (art. 122, § 4, Loi). Enfin, l'article 122, § 3, de la Loi définit les conditions auxquelles les opérateurs doivent répondre pour pouvoir traiter ces données pour le marketing de leurs propres services de communications ou pour la fourniture de services à données de trafic ou de données de localisation: l'abonné ou l'utilisateur final doit avoir été informé au préalable du traitement projeté et y avoir consenti. Il doit en outre pouvoir par la suite retirer son consentement sans aucun frais.

3. Traitement des données de localisation

Principe d'interdiction – L'article 123 de la Loi instaure un régime spécifique pour le traitement des données de localisation relatives à des abonnés ou à des utilisateurs finals. De telles données, définies par l'article 2, 7°, comme étant «*toute donnée traitée dans un réseau de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur final d'un service de communications électroniques accessible au public*», ne peuvent en principe pas être traitées. La Loi permet néanmoins le traitement de ces données par les opérateurs de réseaux mobiles soit lorsqu'elles ont été rendues anonymes, soit dans le but d'offrir des services à données de trafic ou de localisation (tels, p. ex., des services de fourniture d'informations routières individualisées et de guidage pour conducteurs). Le traitement des données de localisation dans ce cadre est toutefois subordonné à l'information préalable de l'abonné ou de l'utilisateur final concerné et à l'obtention de son consentement. De plus, l'abonné ou l'utilisateur final en question doit pouvoir, de manière simple, retirer définitivement son consentement à tout moment et empêcher momentanément le traitement de ses données de localisation.

4. Devoir de collaboration, identification, écoute et communications d'affaires

Devoir de collaboration – L'article 126 prévoit la possibilité pour le Roi d'obliger les opérateurs à collaborer à la recherche d'infractions, à la répression d'appels malveillants vers les services d'urgence et aux enquêtes du Service de médiation pour les télécommunications. La durée de con-

servation ainsi que les données à conserver doivent cependant être précisées par arrêté royal. Toutefois, en matière de service téléphonique, cet article 126 dispose que les données d'identification et de localisation doivent être conservées pendant une période de 12 à 36 mois¹¹⁴.

Identification – L'article 127 de la Loi contient la réglementation sur: 1° l'identification de la ligne appelante dans le cadre d'appels d'urgence; 2° l'identification des appelants et la recherche, la localisation ou l'écoute de communications privées. Cet article interdit aussi, en termes très généraux, l'utilisation de techniques de sécurisation pouvant entraver l'identification ou l'écoute.

Utilisations commerciales – Enfin, l'article 128 de la Loi permet, à certaines conditions, l'enregistrement de communications et des données de trafic y afférentes dans la mesure où cela est nécessaire à des fins de preuve d'une transaction commerciale ou d'une autre communication professionnelle. Il prévoit également un régime particulier pour l'enregistrement et la prise de connaissance de communications électroniques et de données de trafic s'y rapportant réalisés pour évaluer la qualité du service d'un *call center*.

5. Protection des informations dans les réseaux ou dans l'appareillage final

Accès aux informations – L'article 129 de la Loi permet, à certaines conditions, «l'utilisation de réseaux de communications électroniques pour le

stockage des informations ou pour accéder aux informations stockées dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur final». L'accès aux informations se trouvant dans les réseaux ou dans l'équipement hardware de l'utilisateur (p. ex. cookies, spyware, software-patches ou -updates) est uniquement autorisé si les conditions suivantes sont remplies cumulativement:

- des informations claires et précises doivent être fournies à l'abonné ou à l'utilisateur final sur les finalités du traitement et sur ses droits concernant la protection de sa vie privée;
- l'abonné ou l'utilisateur final doit disposer, de manière clairement lisible et non équivoque, de la possibilité de refuser le traitement projeté.

Ces conditions ne sont pas applicables quand l'accès a pour unique but de faciliter l'envoi d'une communication ou de fournir un service de la société d'information demandé par un abonné.

Incertitude – Toutefois, il existe encore, pour l'instant, une certaine incertitude sur la façon dont un tel refus doit pouvoir être exprimé et sur les conséquences de celui-ci. Par exemple, on ne sait pas clairement si un refus systématique par le logiciel de l'utilisateur final suffit (p. ex. par le *browser* dans le cas de *cookies*) ou s'il faut que la possibilité de refus soit prévue pour chaque accès individuel à l'équipement terminal. Quant aux conséquences d'un refus, l'accès à des informations relatives à l'utilisateur sera souvent utilisé afin de simplifier la *navigation* de celui-ci (et non pour faciliter «l'envoi de la

114. Voy. également la Directive «conservation des données» dont l'article 6 prévoit une durée de conservation des données entre 6 mois et 2 ans. Pour plus d'informations à ce sujet, voy. P. VALCKE et E. KOSTA, «Data 're-tensions'» dans «the European electronic communications sector», document accepté pour *The First International Conference on Legal, Security and Privacy Issues in IT (LSPi)*, Hambourg, 30 April-3 May 2006 (<http://www.kierkegaard.co.uk/authors.html>).

communication»). Cette fonctionnalité facilitant la navigation pourrait donc difficilement être offerte à un utilisateur qui la refuse.

Concernant cette problématique, la Commission de la protection de la vie privée a fait savoir, dans son avis sur ces dispositions (Avis n° 08/2004 du 14 juin 2004 sur l'(ex-)art. 140) que «*l'accès aux sites web ne pouvait pas être soumis à l'acceptation d'un cookie*», étant donné que cela minerait totalement cette réglementation spécifique.

6. Autres services et facilités

Dispositions diverses et Commission d'éthique – Les articles 130 à 133 de la Loi contiennent certaines règles spécifiques en rapport avec la protection de la vie privée des utilisateurs lors de l'utilisation de l'identification de la ligne appelante, du renvoi automatique d'appel et en rapport avec l'offre aux abonnés d'un annuaire téléphoni-

que ou d'un service de renseignements, alors que les articles 134 à 136 remplissent plutôt un rôle général de protection des consommateurs. Ainsi, l'article 136 oblige les opérateurs à fournir leur collaboration aux activités du Service de médiation pour les télécommunications, l'article 135 interdit l'activation ou la désactivation spontanée de la sélection ou présélection de l'opérateur et l'article 134 met sur pied la Commission d'éthique pour les télécommunications. Cette Commission¹¹⁵ a pour but principal le développement d'un Code d'éthique pour les télécommunications dans lequel seront reprises des règles sur les séries de numéros pour lesquelles, non seulement la communication, mais également le contenu seront payants (p. ex.: numéros 0900, comme les fameux numéros «*rose*» ...). La loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques prévoit que les décisions de la Commission d'éthique peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles (art. 2, § 1).

Chapitre VII Aspects institutionnels et procéduraux

Comme indiqué précédemment, le projet de loi relatif aux communications électroniques contenait à l'origine également certaines dispositions de type judiciaire. Celles-ci, en vertu de l'article 72 du Règlement de la Chambre des représentants, ont dû être portées dans un projet de loi distinct¹¹⁶. Ce projet distinct mena finalement à la loi du 6

juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques¹¹⁷, loi comprenant tout juste quatre articles! Cette loi contient, à côté de la mention de sa base juridique (art. 1), de son entrée en vigueur (art. 4¹¹⁸) et d'une modification de la Loi IBPT-recours (art. 3 – voy. *infra*)¹¹⁹, un seul article indépendant (art.

115. Pour la composition de celle-ci, voy. A.R. 23 janvier 2006 relatif à la composition de la Commission d'éthique pour la fourniture de services payants via des réseaux de communications électroniques, *M.B.*, 10 février 2006.

116. Voy. *supra*, note 2.

117. *M.B.*, 11 août 2005.

118. Un article par ailleurs superflu, étant donné qu'il ne fait que répéter l'article général concernant l'entrée en vigueur de toute législation publiée dans le *Moniteur belge*.

119. Cette «Loi IBPT-recours» est elle-même aussi la conséquence de l'art. 72 du Règlement de la Chambre (voy. *supra*, note 2 *in fine*).

2) qui règle l'appel contre les décisions de la Commission d'éthique en matière de télécommunications. Le présent chapitre donne un aperçu des principaux aspects institutionnels du secteur des communications électroniques au niveau des compétences fédérales.

1. Le régulateur¹²⁰ et son rôle

Historique – À l'origine, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) fut fondé par l'article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques en tant que parastatal de type A (art. 1^{er}, al. 1^{er}, A, L. 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes publics). Cependant, au fur et à mesure que l'Institut reçut des compétences supplémentaires, la demande pour un statut plus indépendant vis-à-vis du ministre des Entreprises publiques grandit également. La Loi IBPT-statut¹²¹ y répondit en grande partie. L'article 13 de cette loi dispose que l'Institut reprend la personnalité juridique telle que prévue dans l'article 71 de la Loi de 1991. Cependant, les compétences de l'Institut augmentent considérablement. Ainsi, l'article 14 de la Loi IBPT-statut¹²² dispose que l'Institut a pour tâche de formuler des avis, prendre des décisions administratives, veiller au respect de la législation et de la réglementation, concilier les opérateurs, imposer des sanctions administratives et préparer l'application des directives européennes entrées en vigueur. Quant à son statut juridique, cette loi

raye l'IBPT de la liste des parastatux de la catégorie A. Dorénavant, l'Institut se caractérise dès lors par un statut *sui generis*.

Le Conseil – L'organe compétent pour poser «*tous les actes utiles à l'exercice des compétences de l'Institut*» est le Conseil de l'IBPT (art. 16, Loi IBPT-statut). En cas d'urgence, c'est-à-dire lorsqu'il existe un risque de préjudice grave et difficilement réparable, le Conseil peut même «*adopter immédiatement les mesures provisoires appropriées*» sans que celles-ci puissent dépasser une durée de deux mois (art. 20, Loi IBPT-statut).

Échange d'informations – Les articles 137¹²³ et 138 de la Loi communications électroniques prévoient la possibilité pour l'IBPT d'obtenir de la part des opérateurs toutes les informations nécessaires pour autant que cela soit proportionnel à l'exercice des missions de l'Institut. L'IBPT est également pleinement compétente pour déterminer le délai endéans lequel ces informations doivent être fournies. De plus, il est remarquable que les opérateurs doivent mettre gratuitement à disposition toutes les informations et que l'IBPT peut, si nécessaire, imposer une astreinte aux opérateurs. Ensuite, ces dispositions obligent l'IBPT à fournir, dans les cas prévus par la Directive «cadre» (art. 5), les informations nécessaires à la Commission européenne.

Consultation et collaboration – Chaque article du Chapitre II du Titre V

120. Nous visons ici l'autorité qui applique les règles, c'est-à-dire qui exerce la fonction de régulation. À cela s'oppose la notion de réglementation au sens d'adoption de législation (voy. «Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges», *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 50 1937/001, p. 64, note 17, et p. 3).

121. Notons néanmoins que l'article 15, § 1^{er} de la Loi IBPT-statut prévoit que «le Conseil des Ministres peut, ..., par arrêté motivé, suspendre l'exécution de certaines décisions, dont le Roi détermine la liste par arrêté délibéré en Conseil des ministres, par lesquels l'Institut viole la loi ou blesse l'intérêt général». Cet article ré-introduit donc la possibilité d'une tutelle d'opportunité. Pareil arrêté n'a cependant pas encore été adopté.

122. Concernant l'historique de cette loi, voy. *supra*.

123. Voy. égal. A.M. 24 janvier 2006 organisant les modalités en matière d'échange d'information prévues par la loi relative aux communications électroniques du 13 juin 2005, *M.B.*, 1^{er} mars 2006.

de la Loi communications électroniques règle une forme particulière de consultation. L'article 139 stipule que l'IBPT doit, pour chaque question qui relève de sa compétence, consulter les acteurs concernés, alors que l'article 140¹²⁴ oblige en principe l'Institut à organiser une consultation publique sur toute décision pouvant avoir des conséquences considérables pour le marché pertinent (transposition de la procédure de consultation et de transparence de l'art. 6 de la Directive «cadre»). L'IBPT doit en outre, dans certains cas spécifiques et lorsqu'une décision projetée pourrait avoir une influence sur le commerce entre États membres, consulter tant la Commission européenne que les ARN des États membres (art. 141¹²⁵, transposition de la procédure de consolidation du marché intérieur des communications électroniques de l'art. 7, § 3, de la Directive «cadre»). L'article 142, quant à lui, règle les mesures provisoires. L'article 143 contient la procédure pour les décisions de l'IBPT qui doivent être approuvées par la Commission européenne (procédure de veto): d'une part, des définitions du marché qui s'écartent de la Recommandation «marchés»; d'autre part, l'éventuelle désignation d'opérateurs SMP (art. 7, § 4, Directive «cadre»). Pour de telles décisions, la possibilité est prévue pour la Commission européenne de faire renoncer l'Institut à son projet de décision, «*au moyen d'une décision objective et détaillée contenant des*

propositions précises de modifications».

Compétences spécifiques – De plus, il faut ajouter aux compétences générales de l'IBPT un grand nombre de compétences spécifiques, comme par exemple en ce qui concerne la problématique de l'accès au marché (art. 9 à 49, Loi), l'intervention lors de négociations stériles en matière d'accès (art. 51, § 1, Loi), la régulation du marché et la protection des consommateurs (y compris la protection de la vie privée) et le service universel¹²⁶. Enfin, il est intéressant de signaler que l'Institut, lors de l'exercice de ses compétences, doit prendre en compte un certain nombre de principes de base tels qu'établis par l'article 5 de la Loi communications électroniques. Ces principes sont liés à la promotion de la concurrence (art. 6, Loi), la contribution au développement du marché intérieur (art. 7, Loi) et la protection des intérêts des utilisateurs (art. 8, Loi).

2. Contrôle des décisions du régulateur par la Cour d'appel de Bruxelles

Comme en référé – L'article 2 de la Loi IBPT-recours stipule que – par analogie avec ce qui vaut pour les décisions du Conseil de la concurrence et son président¹²⁷ – il est possible d'introduire¹²⁸ un recours contre les décisions de l'IBPT *comme en référé* auprès de la

124. Voy. égal. A.R. 26 janvier 2006 relatif aux modalités des consultations publiques organisées par l'article 140 de la loi relative aux communications électroniques du 13 juin 2005, M.B., 1^{er} mars 2006.

125. Voy. égal. A.R. 26 janvier 2006 relatif aux modalités des consultations organisées par l'article 141 de la loi relative aux communications électroniques du 13 juin 2005, M.B., 1^{er} mars 2006.

126. Voy. *supra*. On peut remarquer, en outre, que l'avant-projet de loi pour les matières audiovisuelles bi-communautaires dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale semble prévoir que l'IBPT agira en tant que régulateur également pour la matière visée par cet avant-projet.

127. Art. 43, L. coord. 1^{er} juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique, M.B., 1^{er} septembre 1999.

128. Selon l'article 4 de la Directive «cadre», pour pouvoir introduire un recours contre une décision le demandeur doit être «affecté» par celle-ci. Sur ce caractère «affecté», la Cour administrative autrichienne («Verwaltungsgerichtshof») a posé une question préjudicielle en interprétation à la Cour de Justice. La question est pendante: Demande de décision préjudicielle présentée par ordonnance du Verwaltungsgerichtshof, rendue le 22 novembre 2005, dans l'affaire *Tele2 UTA Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission*, (Affaire C-426/05), J.O.U.E., C 22 du 28 janvier 2006, pp. 9 et s.

Cour d'appel de Bruxelles. Cette possibilité est également explicitement ouverte au Ministre.

Connaissance du fond – En vertu de la réglementation européenne (art. 4, Directive «cadre»), l'instance de recours doit pouvoir prendre en considération le fond de l'affaire¹²⁹. C'est pour rencontrer cette exigence que la Loi IBPT-recours donne à la Cour d'appel de Bruxelles une compétence de pleine juridiction qui doit lui permettre de réformer une décision litigieuse. Néanmoins, la Cour d'appel refuse d'exercer ce pouvoir dans les hypothèses où le régulateur dispose d'un pouvoir d'appréciation¹³⁰. Dans de tels cas, la Cour estime qu'elle violerait le principe de séparation des pouvoirs puisqu'elle exercerait alors elle-même une fonction d'administration. Dans la majorité des cas (analyses de marché), la marge d'appréciation de l'ARN est grande et voulue comme telle. Dans ces cas, la Cour d'appel ne pourrait donc, selon sa jurisprudence actuelle, réformer la décision du régulateur. Il conviendra d'observer si la Commission ou la Cour de justice se contenteront d'une telle mise en œuvre du cadre réglementaire européen¹³¹.

Effet suspensif – En principe, le recours n'a pas d'effet suspensif. Ce n'est le cas que dans deux hypothèses parti-

culières¹³² ou lorsque la Cour elle-même prononce la suspension que le recours aura un effet suspensif.

Les autres aspects procéduraux sont réglés de façon subsidiaire par le Code judiciaire.

Modifications – Deux lois ont apporté des modifications à cette réglementation. Tout d'abord, l'article 445 de la loi-programme du 22 décembre 2003¹³³ a inséré un cas supplémentaire d'effet suspensif concernant les recours contre certaines décisions en rapport avec le secteur des postes. Ensuite, l'article 3 de la loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques a introduit un délai de déchéance de soixante jours à partir de la notification de la décision contestée pour introduire le recours. L'article 2 de cette même loi contient une procédure similaire pour les recours contre les décisions de la Commission d'éthique en matière de télécommunications: ce recours peut être introduit auprès de la Cour d'appel de Bruxelles endéans les soixante jours après la notification de la décision (voy. *supra*).

Compétence écartant celle du Conseil d'État – Ici aussi, ce recours suscite certaines remarques. Il est en effet certain que tant l'IBPT que la Com-

129. Quant à la question de savoir si cette connaissance du fond inclut «les informations confidentielles sur la base desquelles l'autorité réglementaire nationale a adopté la décision faisant l'objet du recours», la Cour d'appel de Bruxelles a posé une question préjudicielle à cet égard à la Cour de justice des Communautés européennes (Bruxelles, 9^e ch., 18 juin 2004, R.G. 2003/AR/2463, disponible sous www.ibpt.be et Demande de décision préjudicielle introduite par arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 9^e ch., rendu le 14 octobre 2004, dans l'affaire *Mobistar SA c. Institut belge des services postaux et des télécommunications, en abrégé IBPT, en présence de Belgacom Mobile SA et Base SA* (Affaire C-438/04), *J.O.U.E.*, C 6 du 8 janvier 2005, pp. 24 et s.) et les Conclusions de l'Avocat Général Mme C. Stickx-Hackl présentées dans cette affaire le 23 mars 2006, www.curia.eu.int <<http://www.curia.eu.int/>>, qui propose de répondre à la question par l'affirmative, consid. 91.2.

130. Bruxelles (9^e ch.), 18 juin 2004, R.G. 2004/AR/2249, disponible sous www.ibpt.be, spéc. pts 64 et 66.

131. Il pourrait effectivement suffire que la Cour ait «le pouvoir ... d'examiner toutes les questions de droit et de fait que soulève le litige, mais pas nécessairement la compétence de les rejurer» (voy. X. TATON, «Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire», *R.D.C.*, 2005, p. 806, n^o 13. Voy. aussi W. J. MAXWELL, *Electronic communications: the New EU framework*, U.S.A., Oceana Publications Inc., 2002, p. 1.1 – 31).

132. Plus précisément, lorsque l'appel est dirigé contre une décision de l'IBPT imposant une amende administrative ou la suspension des activités (art. 2, § 2, Loi IBPT-recours). La Commission européenne relève dans son 11^e rapport d'implémentation que, contrairement à la législation belge, l'article 4 de la Directive «cadre» ne prévoit pas d'effet suspensif pour ces deux hypothèses particulières. Voy. 11^e rapport d'implémentation, annex, vol. I, p. 53.

133. *M.B.*, 31 décembre 2003.

mission d'éthique doivent être considérés comme des autorités administratives. En principe, les recours contre des décisions d'autorités administratives doivent être soumis à la Section d'administration du Conseil d'État, et non aux cours et tribunaux civils. Cette compétence du Conseil d'État est cependant résiduelle. Elle doit par conséquent être écartée lorsqu'un recours à effet au moins équivalent est prévu par ailleurs¹³⁴. Lorsque, comme en l'espèce, la loi prévoit un recours de pleine juridiction, cela va plus loin que la compétence résiduelle d'annulation du Conseil d'État. Sa compétence résiduelle est donc écartée. Cela est confirmé par l'arrêt n° 131/2004 (aff. *Verwilt*) de la Cour d'arbitrage. En la matière, la Cour renvoie aux travaux préparatoires, qui confirment que cet article «*prévoit qu'un recours est ouvert devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de l'Institut. La compétence générale du Conseil d'État de connaître des recours en annulation contre les décisions administratives s'efface donc ici devant la volonté du législateur de la confier à la Cour d'appel de Bruxelles*»¹³⁵. Cet arrêt précise en outre que la compétence de la Cour d'appel au sens de l'article 2, § 3, 1^{er} tiret, de la Loi IBPT-recours ne doit pas être interprétée dans le sens selon lequel la compétence reconnue à la Cour d'appel de Bruxelles concernerait l'ensemble des décisions de l'IBPT. La compétence ne porte au contraire que sur «*les décisions de l'I.B.P.T. en matière de postes et de télécommunications*»¹³⁶.

Une remarque supplémentaire à ce sujet est que les articles 80 et 81 de l'actuel projet de loi pour la protection de la concurrence économique¹³⁷ désignent confier de façon générale l'appel contre les décisions de régulateurs sectoriels du marché au Conseil de la concurrence. Affaire à suivre ...

3. Le règlement des litiges attribué au Conseil de la concurrence

De la Chambre pour l'interconnexion ... – Une instance particulière, la «Chambre pour l'interconnexion, les lignes louées, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées», fut érigée auprès de l'IBPT lors de la libéralisation de 1998 par l'article 79^{ter} de la Loi de 1991. La finalité de cette instance était de faire résoudre rapidement, par une section spécialisée de l'IBPT, des litiges complexes entre opérateurs en matière d'interconnexion et d'accès. La Chambre devait régler le litige dans les six mois après l'introduction de la demande. Elle n'a cependant jamais pu concrétiser cet objectif suite, entre autres, à des problèmes juridiques. En effet, en tant qu'autorité administrative, elle ne pouvait pas se prononcer sur des droits civils (comme p. ex. le droit de propriété, ou des dispositions contractuelles entre opérateurs). L'article 144 de la Constitution réserve le règlement de tels conflits exclusivement aux tribunaux de l'ordre judiciaire. La prati-

134. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 288, p. 433; pour l'application de ce principe à l'espèce, voy. X. TATON, *op. cit.*, p. 803.

135. *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 50 1937/001, 24.

136. C.A., 14 juillet 2004, n° 131/2004: «B.5. (...) Comme le relèvent le Conseil des ministres et l'I.B.P.T., il ressort des travaux parlementaires que le législateur a voulu régler la compétence juridictionnelle en ce qui concerne les recours contre les décisions de l'I.B.P.T. en matière de postes et de télécommunications. Il n'a pas modifié les règles de compétence juridictionnelle relatives aux litiges entre l'I.B.P.T. et son personnel. Cette volonté est confirmée par une déclaration expresse du ministre compétent: 'Je voudrais simplement signaler que la Cour d'appel est désormais exclusivement compétente pour les recours contre les décisions de l'I.B.P.T. Le Conseil d'État est bien entendu compétent pour les décisions concernant le personnel.' (*Ann. parl.*, Sén., sess. 2002-2003, séance du 20 décembre 2002, n° 2-254, p. 7)».

137. «Projet de loi sur la protection de la concurrence économique», *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51 2180/001.

que contournait cet écueil en estimant que la décision de la Chambre ne se rapporte pas au droit subjectif d'un opérateur par rapport à un autre, mais devait plutôt être vue comme une interprétation du droit objectif, plus précisément des droits et obligations que chaque opérateur est tenu de respecter.

... au Conseil de la Concurrence

– Il apparaissait donc déjà depuis assez longtemps que des améliorations considérables devaient être apportées à ce régime¹³⁸. La Loi IBPT-recours décida finalement de confier au Conseil de la concurrence tous les litiges entre opérateurs ne pouvant être résolus par l'Institut conformément à l'article 14, § 1, 4° (conciliation) de la Loi IBPT-statut (art. 4, Loi IBPT-recours)¹³⁹. Lors de l'examen de ces litiges par le Conseil de la concurrence, l'IBPT délègue un représentant, qui examinera le dossier avec le rapporteur du Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence est tenu de se prononcer sur les litiges pendants dans un délai de 4 mois. L'exécution de ces décisions est du ressort de l'IBPT.

Maintien de critiques – Quoique cette approche ne semble pas totalement illogique au vu de l'évolution de l'application du droit de la concurrence sectoriel vers un droit plus général, il est tout de même nécessaire d'introduire ici aussi quelques remarques critiques. Premièrement, le problème des droits subjectifs reste irrésolu, vu que la question se pose toujours de savoir si les litiges entre opérateurs ne concerneront pas la plupart du temps des droits civils subjectifs. Le Conseil de la concurrence connaîtra donc sans doute à ce niveau

les mêmes problèmes que la Chambre pour l'interconnexion (qui est supprimée par la Loi IBPT-statut). Ensuite, le Conseil de la concurrence ne pourra pas se limiter, lors de son appréciation, à une simple application du droit de la concurrence, mais les directives européennes imposent également de tenir suffisamment compte, lors du règlement de litiges, des objectifs de base de la réglementation pour le secteur des communications électroniques¹⁴⁰. Il n'est pas certain que l'autorité compétente en matière de concurrence soit suffisamment préparée à l'application d'une législation aussi compliquée et souvent très technique qu'est le droit sectoriel des communications électroniques. Il est important de remarquer que cette forme de règlement de litiges «sectoriel» n'empêche évidemment pas l'application du droit commun de la concurrence. Enfin, nous estimons qu'il faut ajouter ici que les parties en conflit peuvent également soumettre leur litige aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Dans le cas contraire, cet article violerait l'article 144 de la Constitution qui garantit que «*[les] contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux*» de l'ordre judiciaire¹⁴¹.

4. Collaboration entre les différentes autorités réglementaires

Négociations en cours – Il a déjà été mentionné plus haut que la jurisprudence récente de la Cour d'arbitrage a eu pour résultat qu'une forme de collaboration devait être réalisée entre les gouvernements et régulateurs des diffé-

138. T. ZGAJEWSKI, «Les incertitudes judiciaires dans les télécommunications: un révélateur du malaise juridictionnel belge face à la libéralisation européenne?», *J.T.*, 2000, pp. 505-516.

139. Il n'est par contre pas spécifié comment cette compétence se situe par rapport à l'intervention de l'IBPT en vertu de l'art. 51 de la Loi communications électroniques.

140. Art. 20, § 3, Directive «cadre»: «Pour résoudre un litige, l'autorité réglementaire nationale est guidée par la poursuite des objectifs établis à l'article 8. (...)».

141. Le Conseil d'État l'a relevé dans son avis relatif au projet de loi concernant le statut du régulateur des postes et télécommunications belges (*Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 50 1937/001, pp. 66-67).

rents niveaux de compétence¹⁴². Un accord de coopération est actuellement négocié «entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone concernant la consultation réciproque lors de la rédaction d'une réglementation en matière de réseaux de communication électronique, d'échange d'information et d'exercice des compétences en matière de réseaux de communication électronique par les instances régulatrices compétentes pour les télécommunications ou la radiodiffusion».

Obligation belge et européenne

– La nécessité d'une telle collaboration n'est pas seulement une conséquence de la décision de la Cour d'arbitrage, mais également la conséquence d'un certain nombre de dispositions du cadre européen pour les communications électroniques. Ainsi, l'article 3, § 4, de la Directive «cadre» dispose que «les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs

organismes». De plus, l'article oblige les États membres à «assurer, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs». Ce devoir général de collaboration est complété au niveau de l'échange d'informations (art. 3, § 5, 5, § 2, et 6, Directive «cadre») et au niveau de l'exercice d'analyses du marché, pour lequel l'article 16 de la Directive «cadre» prévoit que les régulateurs sectoriels effectuent cette analyse, «le cas échéant», en collaboration avec les autorités nationales chargées de la concurrence.

Aucun accord ne fut encore atteint quant à l'avant-projet d'un accord de coopération. Cela a pour résultat que pour l'instant, chaque initiative législative et réglementaire dans le secteur des communications électroniques doit être considérée comme particulièrement précaire¹⁴³.

Conclusion: une avancée significative sur un terrain incertain

Importance de la réglementation

– Selon la Commission européenne, «la réglementation des activités TIC et, en particulier, des communications électroniques restera l'une des conditions essentielles à la création d'un environnement permettant d'investir et d'innover davantage, de lancer des services plus novateurs et

de pratiquer des prix plus bas»¹⁴⁴. De même, la Commission insiste sur l'importance que revêt dans ce contexte une application intégrale et efficace du cadre réglementaire européen 2003 pour les communications électroniques. À cet égard, la Loi communications électroniques constitue une avancée significative, en tout cas pour les réseaux

142. Voy. *supra*, chap. I et *infra*, Conclusion.

143. Voy. D. STEVENS, *op. cit.*, pp. 164-165.

144. Communication du 19 novembre 2004 de la Commission, «Les défis de la société de l'information européenne après 2005», COM(2004) 757 final, p. 5.

et services autres que de transmission de signaux de radiodiffusion.

Sources de difficultés – Cette image positive est cependant quelque peu ternie. L'on peut, d'une part, sûrement regretter l'une ou l'autre inexactitude dans la transposition du cadre réglementaire européen mentionnée ci-dessus, comme par exemple la trop grande extension du concept d'«opérateur», tout autant que les mesures d'application ne soient pas encore toutes prises et effectives. Cependant, d'autre part, cette dernière critique pointe du doigt les vrais problèmes. Ceux-ci ne nous semblent pas résider tant dans la loi même, que dans son contexte belge et européen qui rendent incertain le terrain sur lequel la Loi communications électroniques est censée déployer ses effets.

Contexte européen – En ce qui concerne le contexte européen, nous avons vu qu'il est réexaminé alors même que la transposition et la mise en œuvre du cadre réglementaire 2003 ne sont pas encore achevées. Cela peut être positif pour la qualité du cadre réglementaire et son appropriation au secteur qu'il entend¹⁴⁵ régir. Cela peut néanmoins également avoir des effets nocifs, en tout cas à court terme, pour la sécurité juridique et le développement du secteur. Même si le nouveau cadre réglementaire européen n'entrera pas en application avant 2009-2010, ce sont les insécurités relatives à son contenu définitif qui

pourront poser des problèmes. Beaucoup dépendra notamment de la profondeur avec laquelle le «fonctionnement des directives»¹⁴⁶ sera examiné. Un appel à contributions de la Commission¹⁴⁷ de novembre 2005 était à cet égard fort large. Il prévoyait aussi bien des thématiques générales (forces et faiblesses du cadre réglementaire, objectifs et champ d'application) que plus particulières (la procédure de consolidation du marché intérieur prévue à l'art. 7 de la Directive «cadre», les autorisations et droits individuels d'utilisation, la vie privée et la sécurité, les lignes louées, ...). Un document de réflexion¹⁴⁸ récemment soumis par la Commission européenne au Comité des communications¹⁴⁹ centrait davantage les débats sur 3 questions: service universel, sécurité et intégrité des réseaux, ainsi que recours contre les décisions des ARN. Notons en outre qu'en discutant quatre questions que le réexamen 2006 devrait aborder, la Commissaire Viviane Reding a déclaré en janvier 2006 qu'elle était ouverte à des «propositions plutôt radicales»¹⁵⁰. Enfin, le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le fonctionnement des directives prendra la forme d'une Communication de la Commission qui inclura déjà des propositions pour le changement du cadre réglementaire 2003. Ensuite, suivra une période de consultation qui devrait mener vers la fin 2006 à l'adoption par la Commission de propositions formelles de modification du

145. À cet égard, une réflexion fondamentale sur les objectifs que poursuit le cadre réglementaire peut par exemple apparaître utile.

146. Voy. notamment l'art. 25 de la Directive «cadre».

147. *Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services including review of the Recommendation on relevant markets*, op. cit.

148. Communications Committee, Working Document, 2006 Review of the regulatory framework for electronic communications: Discussion topics, COCOM06-03, 1 February 2006, disponible sous <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/cocom1/library>.

149. Voy. notamment l'art. 22 de la Directive «cadre». Ce Comité est composé de représentants des États membres et présidé par un représentant de la Commission européenne.

150. V. REDING, *Europe at High Speed: Growth and the Information Economy*, SPEECH/06/40, p. 7. Les quatre questions mentionnées en pp. 5-7 étaient: A) Is competition the enemy of investment; B) Where is the single market for e-communications; C) Is the framework too complex and bureaucratic; D) Is technological neutrality still valid?

cadre réglementaire¹⁵¹. La modification de la Recommandation «marchés» devrait suivre le même calendrier. C'est alors que l'avenir d'un point de vue européen sera quelque peu clarifié.

Contexte belge, réforme du droit de la concurrence

– Au niveau national, une première incertitude entourant l'avenir de la réglementation des communications électroniques vient également d'une réforme en cours, à savoir celle de la loi sur la protection de la concurrence économique. Comme nous l'avons vu, le projet dispose que le «*Conseil de la concurrence connaît, dans les cas déterminés par la loi, des recours contre les décisions rendues par les autorités sectorielles de régulation*»¹⁵². L'IBPT risque d'être visé¹⁵³. Même si l'exposé des motifs précise qu'il s'agit de décisions concernant la concurrence économique¹⁵⁴, nous nous demandons si le Conseil de la concurrence sera, notamment avec son optique nécessairement *ex post*, réellement l'instance idéale pour de pareils recours. Notons d'ailleurs qu'en tant qu'instance de résolution des litiges entre opérateurs, le Conseil de la concurrence peut à son tour être considéré comme autorité réglementaire nationale dans la mesure où est ainsi transposé l'article 20 de la Directive «cadre». Il conviendra d'observer s'il sera considéré comme «autorité sectorielle de régulation» au sens belge.

Contexte belge, répartition des compétences en matière de communications électroniques

– Le plus grand problème au niveau belge pour le secteur des communications électroniques et sa réglementation nous semble cependant être la répartition des compétences en la matière. Les incertitudes qui entourent actuellement aussi bien la forme que devrait prendre la «*réglementation prise de commun accord*»¹⁵⁵ exigée par la Cour d'arbitrage que le champ exact de cette dernière risquent de provoquer un blocage de l'adoption des règles régissant le secteur et de leur application. Une signature et ratification de l'accord de coopération en projet serait donc plus que bienvenue, encore faut-il que le texte adopté respecte toutes les exigences européennes. Nous pensons notamment à celle de l'indépendance des régulateurs qui pourrait être entachée si le Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision – tel que prévu par le projet – pouvait trancher des affaires quant au fond et se substituer dans certains cas à la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC), composée des différentes autorités de régulation existantes dans le secteur en Belgique. En ce qui concerne la question du champ, il faudra en particulier déterminer à quoi correspondent en pratique les infrastructures de transmission électronique communes à la radiodiffusion, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part¹⁵⁶,

151. Communications Committee, Working Document, COCOM05-32, *op. cit.*, pp. 2-3; Communications Committee, Working Document, COCOM06-03, *op. cit.*, p. 5.

152. «Projet de loi sur la protection de la concurrence économique», *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51 2180/001, art. 81.

153. Notons que dans une note de politique générale du 26 octobre 2004, citée dans le projet de loi sur la protection de la concurrence économique, le ministre de l'Économie a déclaré qu'«*avant la fin de la législature, les premiers jalons devront avoir été posés en vue d'intégrer les régulateurs sectoriels au sein de l'autorité belge de la concurrence, en ce qui concerne le contrôle de la concurrence. À cet égard, une première étape consiste à établir un système de recours uniformisé contre les décisions des régulateurs sectoriels. Il convient également d'examiner dans quelle mesure les autorités générales de la concurrence peuvent jouer un rôle sur ce plan*» (voy. «Projet de loi sur la protection de la concurrence économique», Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51 2180/001, p. 10).

154. *Ibid.*, p. 71.

155. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.7.1 et dispositif; C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, *op. cit.*, B.6.7 et dispositif.

156. C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.3.

qui doivent faire l'objet d'une réglementation prise de commun accord. Il semble en effet s'agir de la situation générale, les infrastructures autres – non communes – étant l'exception. La Cour aurait utilisé les termes «infrastructure commune» comme formule de sauvegarde qui, à toutes fins utiles, viserait à exclure les infrastructures qui, par leurs caractéristiques techniques intrinsèques, seraient telles qu'elles ne pourraient pas être utilisées à la fois pour la transmission de signaux de radiodiffusion et pour d'autres services de communications électroniques¹⁵⁷. Une autre question, qui dans ce contexte nécessite encore des clarifications, est celle du régime des services de transmission, pas explicitement visé par les arrêts nos 132/204 et 128/2005 de la Cour d'arbitrage. L'on peut se demander s'il faut considérer ces services comme faisant partie intrinsèque du concept d'infrastructure au sens large ou s'il existe des «services communs» (p. ex. la fourniture d'accès à Internet qui sert tant à la télécommunication

qu'à la radiodiffusion) et des «services exclusifs». Nous espérons que l'arrêt attendu de la Cour d'arbitrage concernant le recours en annulation introduit par le Gouvernement flamand contre le décret de la Communauté française sur la radiodiffusion (voy. *supra*) apportera davantage d'éclaircissements sur la plupart de ces questions. Rappelons enfin le 11^e rapport d'implémentation du cadre réglementaire de la Commission européenne. Il souligne d'abord que le marché belge continue à bien se développer. Le rapport constate une concurrence croissante entre opérateurs, un des plus hauts taux de pénétration de la large bande en Europe et une concurrence croissante sur les prix dans le marché de détail. Pourtant, la Commission déclare «*que si les problèmes institutionnels¹⁵⁸ concernant l'implémentation du cadre réglementaire ne sont pas rapidement résolus, il y a un risque que ces tendances positives du marché seront ébranlées par une insécurité juridique et une fragmentation économique*»¹⁵⁹.

157. R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, *op. cit.*, p. 444.

158. À savoir ceux liés à la répartition des compétences entre État fédéral et communautés.

159. 11^e rapport d'implémentation, annex, vol. I, *op. cit.*, p. 77 (notre traduction).