

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La compétence de la Communauté germanophone en matière de radiodiffusion aux prises avec le progrès technologique

Coppieters 't Wallant, Quentin; Queck, Robert

Published in:

La Communauté germanophone de Belgique = Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Coppieters 't Wallant, Q & Queck, R 2005, La compétence de la Communauté germanophone en matière de radiodiffusion aux prises avec le progrès technologique. dans *La Communauté germanophone de Belgique = Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens*. La Charte, Bruxelles, pp. 405-445.

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.

LA COMPETENCE DE LA COMMUNAUTE GERMANOPHONE EN MATIERE DE RADIODIFFUSION AUX PRISES AVEC LE PROGRES TECHNOLOGIQUE¹

Robert QUEECK

Directeur-adjoint du CRID (FUNDP de Namur, académie de Louvain)

Quentin COPPIETERS 'T WALLANT

Chercheur au CRID (FUNDP de Namur, académie de Louvain)

Certaines parties de la présente contribution se fondent sur Ph. GÉRARD, R. QUEECK, P. VALCKE et D. STEVENS, «Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques – Enjeux pour la Belgique fédérale», *AM*, 2002/3, p. 257-272, ainsi que sur R. QUEECK, P. VALCKE et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, «L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse?», note sous C.A. n° 132/2004, 14 juillet 2004, *R.D.T.I.*, n° 21, 2005, pp. 57-73. Sauf indication contraire, l'article reflète la situation au 12 juin 2005. Nous remercions Alfred Belleflamme, Olivier Hermanns, Boris Libois et Peggy Valcke pour leurs commentaires pertinents. D'éventuelles erreurs n'incombent qu'aux seuls auteurs.

Les compétences de la Communauté germanophone incluent la radiodiffusion, aussi bien en ce qui concerne le contenu que les aspects techniques de la transmission. Après l'avoir d'abord mise dans son contexte technologique et en particulier celui de la convergence des secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et des technologies de l'information, l'article traite des principes de la répartition des compétences en matière de radiodiffusion. Ensuite est abordé le concept même de «radiodiffusion» et la manière dont il est affecté par la convergence technologique, en particulier en ce qui concerne l'inclusion de nouveaux services comme la «vidéo à la demande». Finalement cette contribution analyse la mise en œuvre de la répartition des compétences en matière de réglementation des réseaux et des services de transmission de signaux de radiodiffusion face à la convergence et la manière selon laquelle dans ce contexte le cadre réglementaire européen régissant la matière peut être transposé par la Communauté germanophone et les autres instances belges compétentes.

Die Zuständigkeiten der Deutschsprachigen Gemeinschaft beinhalten den Rundfunk, sowohl den Inhalt als auch die technischen Aspekte der Übertragung. Zuerst stellt der Aufsatz den Rundfunk in sein technologisches Umfeld, insbesondere das der Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Rundfunk und Informationstechnologien. Dann werden die Grundsätze der Zuständigkeitsverteilung im Bereich des Rundfunks behandelt. Danach wird das Konzept des «Rundfunks» erörtert sowie die Art und Weise wie sich die technologische Konvergenz auf diesen Begriff auswirkt, insbesondere was die Frage anbetrifft, ob er neue Dienste wie «Videoabruf» einschließt. Abschließend analysiert der Beitrag die Anwendung der Verteilung der Zuständigkeiten im Bereich der Regelung der Übertragungsnetze und –dienste von Rundfunksignalen angesichts der Konvergenz sowie die Art und Weise wie in diesem Kontext der europäische Rechtsrahmen für diese Materie durch die Deutschsprachige Gemeinschaft und die anderen zuständigen belgischen Instanzen umgesetzt werden kann.

Telenet⁹ (non disponible en Communauté germanophone), la «quasi vidéo à la demande» offerte par Be TV¹⁰ aussi en Communauté germanophone¹¹, ou encore la distribution de programmes par Internet (le «streaming»). Face à la réalité technique de ces offres commerciales, la question quant à savoir si pareils services sont compris dans la définition belge du concept de «radiodiffusion» et donc dans la compétence des communautés, n'est plus aujourd'hui, au contraire de ce quelle a été une petite dizaine d'années, une question qui «s'apparente peut-être aux discussions sur le sexe des anges»¹² et à laquelle nous répondons d'emblée positivement (voy. aussi *infra* § 3).

Cependant, si elles sont techniquement possibles, ces nouvelles offres exigeront des investissements considérables du télédiffuseur en place¹³ en Communauté germanophone, l'intercommunale mixte Interost¹⁴. Vu la faible densité de la population et une couverture limitée à un maximum de 50 % des ménages, la rentabilité de ces investissements ne paraît pas évidente. De plus, si elle augmente le choix pour les spectateurs, la réalisation des projets de Belgacom d'entrer sur le marché de la radiodiffusion (aussi en Communauté germanophone) avec une offre de type télédiffusion classique, mais aussi avec un service de «pay per view» pour les jeux de football de la première division nationale pour lesquels Belgacom¹⁵ vient d'acquiescer les droits et avec un service de vidéo à la demande, augmentera la concurrence et rendra plus difficile encore la position du télédiffuseur.

4. *Convergence et «désécialisation» des infrastructures.* La deuxième conséquence de la convergence est une désécialisation technique des infrastructures. Il y a quelques années, une certaine infrastructure de transmission était censée ne pouvoir être utilisée que pour un type déterminé de services. Ainsi un réseau de

télédiffusion ne pouvait être utilisé que pour la distribution de signaux de radiodiffusion et non pas pour d'autres services de télécommunications¹⁶ comme la téléphonie vocale, alors que les infrastructures servant à la transmission de cette dernière ne pouvaient pas être utilisées pour la distribution de programmes de télévision. On parle à cet égard de spécialisation technique des infrastructures.

Or, la convergence intervenue ces dernières années a entraîné une «désécialisation» technique des infrastructures puisque des services divers peuvent être offerts sur celles-ci. En effet, «en Belgique nombre de réseaux de télévision par câbles sont utilisés aujourd'hui pour véhiculer de la téléphonie ou de l'Internet rapide; dans le même temps, les lignes téléphoniques traditionnelles peuvent ... véhiculer des programmes de radio et de télévision»¹⁷. Si le «triple play» (c'est-à-dire l'offre sur une même infrastructure de radiodiffusion, téléphonie vocale et transmission de données¹⁸) est donc possible, il convient cependant de rappeler qu'en ce qui concerne le territoire de la Communauté germanophone, cette évolution exigera, en ce qui concerne le télédiffuseur, encore des investissements considérables¹⁹, alors que Belgacom de son côté est prêt. Nous verrons que la désécialisation technique met fondamentalement en question le système de répartition des compétences en Belgique vu que ce dernier applique un principe de «spécialisation juridique des infrastructures» qui se fonde sur la spécialisation technique de ces dernières.

B. Structure de l'article

5. *Structure de l'article.* Dans ce contexte, l'article traitera d'abord des principes en matière de répartition des compétences par rapport à la radiodiffusion (§ 2). Ensuite sera abordé le concept même de «radiodiffusion» et la manière dont il est affecté par l'évolution de la convergence technologique (§ 3). Finalement sera traitée la mise en œuvre de la répartition des compétences en matière de réglementation des réseaux et des services de transmission de signaux de radiodiffusion face à cette convergence et à la désécialisation technique des infrastructures (§ 4).

n° L 298/23 du 17 octobre 1989 (ci-après, dir. «télévision sans frontières») ainsi que l'art. 1.2 et l'annexe V de la dir. 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.C.E.*, n° L 204/37 du 21 juillet 1998, (ci-après, dir. «services de la société de l'information»). Sur l'importance du critère de la «diffusion sur demande individuelle», voy. *infra*.

9 Voy. <http://breedband.telenet.be/pctv/>. Un des éléments du service offert par Telenet N.V. via le PC du destinataire est la possibilité de choisir, quand on le veut et donc en dehors d'une grille de programme préétablie, un film dans la base de données de Telenet. Voy. aussi B. BROENS, «Telenet breidit PCTV uit met tv-programma's», *De Tijd*, 19 avril 2005, p. 9.

10 Voy. <http://www.betv.be>. Le service «Be à la séance» offert par la S.A. Be TV semble en effet plutôt relever de la quasi vidéo à la demande étant donné qu'il est offert en boucle sur la base de grilles horaire de programme.

11 Voy. F. SCHRÖDER, «Das Kabelfernsehen ist sehr bequem und komfortabel», *Grenz-Echo*, 11 juin 2005, p. 15.

12 F. JONGEN, *o.c.*, p. 129.

13 H. ENGELS, «Kabel hat noch eine Zukunft, sofern auch investiert wird», *Grenz-Echo*, 11 juin 2005, p. 15.

14 Interost / Interest est composée des 9 communes germanophones ainsi que des communes Malmedy, Waimes, Plombières et du partenaire privé Electrabel (<http://www.interost.be>).

15 «Sonntagabend Fußball live», *Grenz-Echo*, 10 mai 2005, p. 1 et «Belgacom: Fußball als Einstieg ins ADSL-Fernsehen», *Grenz-Echo*, 11 mai 2005, p. 29. Pour Belgacom TV voy. <http://www.belgacomtv.net>.

16 Dans un sens large, on peut définir les télécommunications comme «toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature, par fil, radio-électricité, signalisation optique ou un autre système électromagnétique» (voy. p. ex. L. du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, *err. M.B.*, 20 juillet 1991, art. 68.4°). Défini de la sorte, le concept inclut en principe la radiodiffusion, mais aux fins de la répartition des compétences en Belgique et de définir la compétence de l'Etat fédéral, on l'utilise dans un «sens strict», à savoir justement à l'exclusion de la radiodiffusion (voy. *infra*).

17 F. JONGEN, *o.c.*, p. 127. Voy. également L. MOURLON BEERNAERT, *o.c.*, pp. 77-78.

18 CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL, «Communications électroniques: quelles articulations entre infrastructures et contenus en Belgique fédérale? Document soumis à consultation publique», 8 novembre 2004, p. 6, http://www.csa.be/Publication/Publications_Liste.asp?Action=ARC (archives).

19 H. ENGELS, *o.c.*, p. 15; F. SCHRÖDER, *o.c.*, p. 15. Ce dernier émet d'ailleurs des doutes quant à la possibilité pour le télédiffuseur, mais aussi pour d'autres fournisseurs, de financer cette offre multiple (en tout cas à l'heure actuelle) et ce en raison de la faible densité de population dans la contrée.

Seltsam im Nebel zu wandern!
Einsam ist jeder Busch und Stein,
kein Baum kennt den andern,
jeder ist allein².

§ 1. INTRODUCTION ET CADRE GÉNÉRAL

A. Contexte

1. *La compétence pour la radiodiffusion.* La Communauté germanophone, comme les autres communautés, est compétente pour la matière de la radiodiffusion (sonore et télévisuelle), qu'il s'agisse du contenu des émissions ou de la transmission technique de celui-ci. Nous définissons la radiodiffusion³ par l'émission de programmes de radio et de télévision et d'autres genres de programmes, destinés au public ou à une partie de celui-ci. Elle comprend les émissions diffusées sur demande individuelle, mais pas les services qui fournissent information individualisée et caractérisée par une certaine forme de confidentialité⁴. Notons d'emblée que ce sera surtout la délimitation exacte du contenu de la catégorie des «autres genres de programmes» (aussi appelés «autres services»⁵) qui soulève des problèmes juridiques.

H. HESSE, «Im Nebel», in O. CONRADY (Hrsg.), *Das große deutsche Gedichtbuch*, Zürich, Düsseldorf, Artemis und Winkler Verlag, 1995, p. 57.

Le projet de décret de la Communauté germanophone sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, actuellement en cours d'adoption au Parlement de la Communauté (Dekretentwurf über den Rundfunk und die Kinovorstellungen, *Doc.*, Parl. Comm. germ., sess. ord. 2004-05, n° 35/1 du 8 avril 2005 (ci-après, projet de «Rundfunkdekret»), définit le «service de radiodiffusion». Il s'appuie pour ce faire sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, *M.B.*, 30 juillet 2004, 3e éd., B.10, et C.A., n° 155/2004, 22 septembre 2004, *M.B.*, 21 octobre 2004, B.4.1-2) et sur un consensus intervenu au sein du Comité de concertation en sa séance du 2 mars 2005: traduction de l'art. 2.32 du projet de «Rundfunkdekret»: «service qui consiste en l'émission primaire, codée ou non, par le biais de réseaux de communications électroniques, d'émissions de radio et de télévision ou d'autres genres d'émissions, destinées au public en général ou à une partie du public. Le concept inclut les émissions diffusées sur appel individuel, quelle que soit la technique utilisée pour cette diffusion, en ce compris la technique du bout en bout (point-to-point) ... Le concept n'inclut pas les services fournissant de l'information individualisée et caractérisée par une certaine forme de confidentialité». Ce projet de décret se substituera au Décr. Comm. germ. du 26 avril 1999 sur les médias, *M.B.*, 17 juillet 1999, alors que l'A. Gouv. Comm. germ. du 7 septembre 2000 portant exécution du décret sur les médias du 26 avril 1999, *M.B.*, 4 novembre 2000, reste en vigueur dans la mesure où il ne contrevient pas au nouveau décret (art. 129 du projet de «Rundfunkdekret»). Voy. le projet de «Rundfunkdekret», p. 2.

Sur la définition du concept de radiodiffusion, voy. spécifiquement F. JONGEN, «Répartition des compétences et radiodiffusion: et un, et deux, et trois zéros?», note sous C.A., n° 156/2002, 6 novembre 2002, *AM*, 2003/2, pp. 127-129; P. VALCKE et C. UYTENDAELE, «De kwalificatie van interactieve informatiediensten als omroep: loopt het Belgische Arbitragehof voor op Europa?», note sous C.A., n° 156/2002, 6 novembre 2002, *Mediaforum*, 2003/3, pp. 114-116. Voy. projet de «Rundfunkdekret», art. 37-41.

2. *La convergence technologique.* Or, ces dernières années, les technologies de l'information et de la communication (TIC), en ce compris la radiodiffusion, ont fait l'objet d'une évolution technologique fulgurante, à savoir la «convergence» des secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information⁶. Celle-ci affecte de manière substantielle la répartition des compétences dans le domaine des TIC en Belgique fédérale et sa mise en œuvre.

3. *Convergence et nouveaux services de radiodiffusion.* Ainsi, se basant notamment sur le développement des techniques de numérisation et de compression⁷, la convergence technologique a entraîné comme première conséquence l'émergence, à côté des programmes de radio et de télévision «classiques», de nouveaux services comme la «vidéo à la demande»⁸ actuellement déjà offerte par le service PCTV de

Sur la convergence et ses conséquences réglementaires, voy. notamment Commission européenne, «Livres vert 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*, 3 décembre 1997; Communication de la Commission, «i-2010 – Une société de l'information pour la croissance et l'emploi», *COM (2005) 229*, 1er juin 2005, pp. 3-7; S. BAZZANELLA et Ph. GERARD, *Télécommunications et audiovisuel: convergence de vues?*, Bruges, La Charte, 1997, 268 p.; L. MOURLON BEERNAERT, «La convergence des technologies de l'information et de la communication et la répartition des compétences en matière de télécommunications au sens large», *Revue Ubiquité*, n° 5, 2000, pp. 69-98; D. STEVENS, «De bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp (noot onder Arbitragehof 14 juli 2004 – Arbitragehof 22 september 2004)», *AM*, 2005/2, pp. 159-166. Sur la répartition des compétences en matière de radiodiffusion en général, voy. J. BAERT, *Media*, coll. De bevoegdheidsverdeling in het federale België (G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN, eds.), Brugge, die Keure, 1999, 167 p.; P. VALCKE, «Kapitel I: Länderbericht Belgien», in P. VALCKE, W. HINS et R. ELLGER, *Fernsehen im Breitbandkabel. Ein Rechtsvergleich. Die Regulierung in Belgien, Grossbritannien, den Niederlanden und den USA*, Schriftenreihe der Landesmedienanstalten, Band 27, Berlin, Vistas Verlag GmbH, 2003, pp. 17-120.

Les techniques de compression «visent, ..., à diminuer le nombre de bits nécessaires à la représentation d'une information donnée dans le cadre de la transmission ou du stockage. Ceci permet notamment de réduire la largeur de bande nécessaire pour transmettre des combinaisons de contenu de plus en plus complexes d'informations, tout en garantissant, *in fine*, la possibilité de reconstruire l'information ou la combinaison d'informations quelle qu'en soit la nature.», S. BAZZANELLA et Ph. GERARD, *o.c.*, p. 8.

A défaut de définition légale belge des concepts de «vidéo à la demande» et de «quasi vidéo à la demande», on peut s'inspirer de l'avis de l'avocat général Tizzano. Selon lui, en cas de «vidéo à la demande» «le spectateur, choisissant à partir d'un catalogue électronique, peut décider lui-même quel programme voir et à quel moment» alors que dans le cas de la «quasi vidéo à la demande», «le produit isolé est transmis à plusieurs reprises à des horaires très rapprochés» (C.J.C.E., Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano du 10 mars 2005 dans l'affaire C-89/04, *Mediakabel*, consid. 19). Pour la Cour de Justice des Communautés européennes un service de quasi vidéo à la demande n'est par ailleurs «pas fourni sur appel individuel» ou «à la demande individuelle d'un destinataire du service» car il ne porte «que sur des programmes choisis par le diffuseur et émis à des horaires déterminés par celui-ci ... Le fait que les images soient, ..., accessible au moyen d'un code personnel est sans incidence à cet égard, dès lors que le public des abonnés reçoit les émissions au même moment.» (C.J.C.E., 2 juin 2005, *Mediakabel*, C-89/04, consid. 32 et 37-39.) Voy. également l'art. 1, a) de la dir. 89/552/CBE du Conseil du 3 octobre 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.*,

C. Objectifs

6. *Limites et ambition de l'article.* La situation et les évolutions juridico-politiques quant à la mise en œuvre de la répartition des compétences sont encore relativement peu stables (voy. *infra* § 4). Par conséquent, l'ambition du présent article ne peut être de dissiper entièrement et définitivement le brouillard qui règne dans le pays de la réglementation de la radiodiffusion et de ses aspects techniques. Mais elle sera au moins de faire ressortir clairement quelques-uns des écueils qui guettent le voyageur et de lui apporter un peu de lumière sur son périple. En outre, il convient de remarquer que cet article porte sur la réglementation des aspects techniques et de la transmission de signaux de radiodiffusion. Il ne porte pas sur la réglementation du contenu de la radiodiffusion.

§ 2. PRINCIPES REGISSANT LES COMPETENCES EN MATIERE DE RADIODIFFUSION

A. Fondements de la compétence de la Communauté germanophone

7. *Origines en 1971 et 1973.* Créée en 1971 dans le cadre de la première réforme de l'Etat²⁰, la Communauté culturelle allemande de l'époque s'est vue attribuer suite à l'article 28 de la loi du 10 juillet 1973 relative au Conseil de la communauté culturelle allemande²¹ la compétence pour les matières culturelles et à ce titre pour la radiodiffusion et la télévision à l'exception de l'émission de communications du gouvernement ainsi que de publicité commerciale^{22 23}. Dans ce contexte la Communauté culturelle allemande ne disposait pas du pouvoir d'adopter des décrets en la matière, au contraire de ce qui était le cas pour les deux autres communautés culturelles. Son Conseil pouvait donc prendre quelques arrêtés réglementaires dans les limites et selon le mode déterminés par la loi²⁴, mais disposait pour l'essentiel d'une compétence d'avis²⁵.

20 Art. 3ter de la Constitution, tel qu'inséré lors de la révision du 24 décembre 1970, *M.B.*, 31 décembre 1970, *err. M.B.*, 22 janvier 1971. L'art. 59ter (*idem*), inséré lors de la même révision crée le Conseil de la Communauté culturelle allemande et spécifie sans autre précision que «la loi détermine ... sa compétence».

21 *M.B.*, 14 juillet 1973.

22 L'art. 28 de la loi du 10 juillet 1973 se réfère en effet aux matières énumérées notamment à l'art. 59bis, § 2, de la Constitution de l'époque, dont le n° 1er attribue aux Communautés culturelles française et néerlandaise la compétence pour les matières culturelles. Il se réfère également à l'art. 2, 6°, de la loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des Conseils culturels pour la Communauté culturelle française et pour la Communauté culturelle néerlandaise (*M.B.*, 23 juillet 1971, *err. M.B.*, 27 octobre 1973). Ce dernier inclut dans les matières culturelles la radiodiffusion avec les exceptions mentionnées ci-dessus.

23 Sur l'évolution dans le temps des compétences des communautés en matière de radiodiffusion, voy. P. VALCKE, «Kapitel I: Länderbericht Belgien», *o.c.*, pp. 24-28.

24 Voy. art. 30 et 31 de la loi du 10 juillet 1973, précitée, par exemple en matière de subventions pour financer les activités culturelles (art. 31).

25 Voy. les art. 28-29 et 36 de la loi du 10 juillet 1973, précitée. De plus, selon l'art. 37, le Conseil de la Communauté pouvait créer des établissements publics, sous réserve de ratification légale.

8. *Et aujourd'hui?* Actuellement, la Communauté, devenue depuis lors la Communauté germanophone, est selon l'article 130, § 1er, 1°, de la Constitution toujours compétente pour les matières culturelles²⁶ et son parlement règle cette matière maintenant par décret. Mettant en œuvre la Constitution, l'article 4, § 1er, de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983²⁷ inclut, en se référant à l'article 4 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980²⁸, parmi ces matières communautaires culturelles la «radiodiffusion et la télévision à l'exception des communications du gouvernement fédéral». L'exception en matière de publicité commerciale visée ci-dessus a été retirée en 1988²⁹.

9. *Un concept à contenu évolutif.* Ni la Constitution, ni la L.S.R.I. ou la L.C.G. ne définissent le concept de radiodiffusion. Ce faire permettait notamment une interprétation du concept ouverte aux évolutions technologiques sans qu'il faille chaque fois modifier la Constitution ou les lois (spéciales) de réformes institutionnelles³⁰. Par conséquent, la définition a été prise en charge par les législateurs communautaires et fédéral mais aussi par le Conseil d'Etat et surtout par la Cour d'arbitrage³¹. Selon le Conseil d'Etat, l'ajout du terme «télévision» n'apporte rien au concept de «radiodiffusion», qui comprend en tout cas des émissions de son aussi bien que d'images³². Le concept de «radiodiffusion» comprend donc celui de «télévision»³³. De plus, la compétence en matière de radiodiffusion inclut celle en matière de radio- et télédistribution³⁴.

B. La compétence de la Communauté germanophone intègre les contenus et les aspects techniques de la radiodiffusion

10. *La compétence de l'Etat fédéral pour les aspects techniques.* Jusqu'en 1990-1991, la compétence des communautés visait en tout cas les aspects de contenu de la radiodiffusion, c'est-à-dire, selon la Cour d'arbitrage³⁵, principalement les règles applicables aux organismes de radiodiffusion sonore et télévisuelle et à la

26 Pour les deux autres Communautés la matière est actuellement régie par l'art. 127, § 1er, 1° Const.

27 *M.B.*, 18 janvier 1984, ci-après «L.C.G.».

28 *M.B.*, 15 août 1980, ci-après «L.S.R.I.».

29 Art. 1er, § 2, de la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 13 août 1988. A cet égard, voy. notamment M. UYTENDAELE, «Les nouvelles compétences autres que l'enseignement», *J.T.*, 1989, pp. 103-104.

30 P. VALCKE, «Kapitel I: Länderbericht Belgien», *o.c.*, p. 24.

31 Dernièrement par C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.10 et C.A., n° 155/2004, 22 septembre 2004, B.4.1-2.

32 Projet de loi relatif aux radiocommunications, avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1979, n° 201/1, p. 4. Voy. à cet égard S. BAZZANELLA, Ph. GERARD, *o.c.*, p. 82; P. VALCKE, «Kapitel I: Länderbericht Belgien», *o.c.*, p. 24.

33 Notamment C.A., n° 155/2004, 22 septembre 2004, B.4.1.

34 Voy. proposition de décret relatif aux émissions de radiodiffusion sonore et télévisuelle diffusées par voie du câble, avis du C.E., *Doc. parl.*, Cons. Comm. fr., sess. ord. 1982-83, n° 108/2, pp. 2-3 et projet de loi relatif aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1984-85, n° 1222/1, p. 13. Voy. L. MOURLON BEERNAERT, *o.c.*, p. 72.

35 Voy. C.A., n° 109/2000, 31 octobre 2000, *M.B.*, 29 novembre 2000, 2e éd., B.5.2.

programmation. Par contre, on avait «pris l'habitude de considérer que l'autorité fédérale est en principe compétente pour l'encadrement technique de la diffusion, notamment en ce qui concerne la gestion des câbles de télédiffusion et des fréquences»³⁶. L'Etat fédéral exerçait donc la compétence de régir les aspects techniques de la radiodiffusion, à savoir la compétence pour la transmission en elle-même, et donc pour l'établissement et l'exploitation des réseaux de radiodiffusion (y compris l'assignation des fréquences et la réglementation de la transmission des signaux de radiodiffusion). Ce régime a donné lieu à un système de double autorisation. D'une part une autorisation dite «culturelle», émanant de la communauté concernée, et d'autre part une autorisation dite «technique», délivrée à l'époque par le ministre fédéral ayant les télégraphes et téléphones dans ses attributions³⁷.

11. La compétence des communautés pour les aspects techniques. Depuis les arrêts de la Cour d'arbitrage n° 7/90 (question préjudicielle) et n° 1/91 (recours en annulation), on considère que la radiodiffusion a été attribuée aux communautés dans son ensemble³⁸. La compétence de la Communauté germanophone comprend donc, en plus des aspects de contenu, les aspects techniques de la radiodiffusion³⁹, sous réserve de la police générale des ondes⁴⁰, qui reste de la compétence de l'Etat fédéral⁴¹. Depuis 1990-1991, le système de double autorisation en matière de radiodiffusion mentionnée ci-dessus a par conséquent été abandonné.

12. Raisons de l'extension. Par l'inclusion des aspects techniques dans la compétence des communautés en matière de radiodiffusion, la «Cour d'arbitrage a voulu éviter ... que l'autorité fédérale ne développe indirectement une politique médiatique par le biais des licences techniques»⁴², empiétant ainsi sur la politique des communautés

36 CALUWÉ, COENE, DESMEDT, HOTYAT, «Evaluation du fonctionnement des nouvelles structures fédérales», Rapport fait au nom de la Commission des Affaires institutionnelles, *Doc. parl., Sén., sess. ord.* 1998-99, n° 1-1333/1 du 30 mars 1999, p. 460.

37 Voy. L. MOURLON BEERNAERT, *op. cit.*, p. 73; P. VALCKE, C. UYTENDAELE, *o.c.*, p. 114.

38 C.A., n° 7/90, 25 janvier 1990, *M.B.*, 4 avril 1990, 2.B.3 et C.A., n° 1/91, 7 février 1991, *M.B.*, 28 février 1991, B.5. Ceci a été confirmé *a contrario* par C.A., n° 52/93, 1er juillet 1993, *M.B.*, 26 août 1993, B.1. Voy. également C.A., n° 92/2003, 24 juin 2003, *M.B.*, 11 août 2003, B.7.2.: «sous réserve de l'exception qu'il a prévue, le législateur spécial a transféré aux communautés l'ensemble de la matière de la radiodiffusion et de la télévision».

39 Pour une approche critique quant à la praticabilité de la solution prévue par la Cour, voy. P. PEETERS, «De arresten van het Arbitragehof van 25 Januari 1990 en 7 Februari 2001. Een bevoegdheidsrechtelijke aardverschuiving in het medialandschap», *T.B.P.*, 1991, p. 413. En effet, la coordination des fréquences et la coopération des communautés en cette matière avec l'autorité fédérale mais aussi entre elles, pose toujours actuellement de grands problèmes.

40 Selon la Cour d'arbitrage la police générale des ondes radioélectriques «inclut la compétence d'élaborer les normes techniques relatives, et à l'attribution des fréquences, et à la puissance des émetteurs qui doivent rester communes pour l'ensemble des radiocommunications [*c'est-à-dire des télécommunications par ondes radioélectriques – note des auteurs*] quelle que soit leur destination, ainsi que la compétence d'organiser un contrôle technique et d'assurer par la voie répressive le respect desdites normes» (C.A., n° 1/91, 7 février 1991, B.5.).

41 La justification en est qu'il faut «permettre l'intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et ... éviter les perturbations mutuelles» (C.A., n° 1/91, précité, B.5.).

42 CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *o.c.*, p. 460. De même, P. VALCKE, «Kapitel I: Länderbericht Belgien», *o.c.*, p. 26; C. UYTENDAELE, *Het juridisch statuut van openbare informatie in een convergerende mediaomgeving*, Antwerpen, Maklu, 2002, p. 60.

en la matière. Elle aurait pu empiéter dessus notamment par le biais des autorisations nécessaires pour établir et pour faire fonctionner un réseau de radiodiffusion ainsi que par l'adoption de normes techniques qui dépassent la police générale des ondes. Or, une intervention du législateur fédéral ne paraissait pas rationnelle⁴³ (sauf en ce qui concerne la coordination nécessairement nationale de l'attribution des fréquences et de la puissance des émetteurs) par rapport à des réseaux de radiodiffusion et de distribution, qui à l'époque pouvaient de toute façon seulement être utilisés pour des services de radiodiffusion.

13. Radiodiffusion et communications électroniques. Pour conclure cette section, mentionnons que selon l'arrêt n° 109/2000 de la Cour d'arbitrage une définition européenne ne saurait «être invoquée *a priori* de façon déterminante en vue de délimiter les compétences attribuées respectivement à l'Etat fédéral et aux Communautés par la Constitution ou en vertu de celle-ci»⁴⁴. Ceci dit, il convient cependant de constater dès maintenant qu'au regard du cadre réglementaire européen 2003 des réseaux et services de communications électroniques, les réseaux qui transmettent des signaux de radiodiffusion, par exemple ceux mis en œuvre par la BRF⁴⁵ quand elle émet ses programmes ou par un télédiffuseur, sont à considérer comme «réseaux de communications électroniques». Ils tombent donc sous le régime européen y relatif (voy. *infra*, § 4, B). Ces réseaux se définissent, d'un point de vue technique, 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»⁴⁶.

Face au cadre réglementaire européen antérieur à celui de 2003 qui régissait les «télécommunications»⁴⁷ et qui ne couvrait pas, en principe, les services de radiodiffusion et les réseaux utilisés à cette fin⁴⁸, les nouvelles directives remplacent

43 D. STEVENS, *o.c.*, p. 163.

44 C.A., n° 109/2000, précité, B.5.3.2. Aussi B.4.1: «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'Etat, des communautés et des régions». Voy. F. JONGEN, *o.c.*, pp. 127-128.

45 Belgisches Rundfunk- und Fernsehzentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft (BRF) (<http://www.brf.be>).

46 Art. 2, a, 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 (dir. «cadre»), *J.O.C.E.*, n° L 108/33 du 24 avril 2002. L'art. 2, c, de la même directive définit comme «service de communications électroniques»: 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 ...».

47 Pour une définition du concept, voy. *supra*.

48 Voy. la petite nuance à cette position sous Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, *o.c.*, p. 262. Voy. également *infra*, n° 31 et note 111.

ainsi comme concept générique celui de «télécommunications» par celui de «communications électroniques» afin de bien marquer une approche horizontale qui, en prenant en compte la convergence technologique, embrasse l'ensemble des réseaux et services de transmission de signaux (voy. *infra*). Cette terminologie est prise en compte par le projet de «Rundfunkdekret»⁴⁹.

C. Délimitation par rapport à la compétence fédérale

14. *Compétence de l'Etat fédéral.* L'Etat fédéral reste, en plus de la police générale des ondes, compétent pour l'ensemble des réseaux et services de transmission de signaux par voie électromagnétique, qu'on les appelle «télécommunications» ou «communications électroniques», qui ne sont pas qualifiés de radiodiffusion, comme par exemple ceux de téléphonie vocale. En effet, l'article 35 de la Constitution attribue une compétence résiduaire à l'Etat fédéral⁵⁰ tant qu'il n'y aura pas de loi spéciale listant des compétences fédérales exclusives.

D. Conclusion préliminaire quant à la répartition belge des compétences en matière des TIC

15. *Le principe de la «spécialisation juridique».* En Belgique, il convient donc de distinguer juridiquement deux types de réseaux et de services, chacun soumis à une compétence différente: d'une part les réseaux et services de radiodiffusion, soumis à compétence communautaire (tant pour les aspects de contenu, que pour les aspects techniques)⁵¹; d'autre part, ceux qui ne peuvent être qualifiés de la sorte et qui ressortissent à la compétence fédérale⁵². Il s'agit ainsi en fait d'un système de «spécialisation juridique» (chaque niveau de pouvoir est censé être compétent pour un type déterminé de réseaux et services) et par conséquent d'étanchéité et de non-recouvrement des compétences, qui se fonde sur l'idée de la «spécialisation technique» des infrastructures (voy. *supra*).

16. *Les conséquences de la «déspecialisation technique des infrastructures».* Or, comme nous l'avons vu, la convergence technologique entre les secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information, intervenue ces dernières années, a entraîné une déspecialisation technique des infrastructures. Comme une même infrastructure, un câble, un fil, ... est *a priori* neutre, plusieurs législateurs et plusieurs régulateurs peuvent donc être compétents pour cette même infrastructure, selon les services (de radiodiffusion ou de télécommunication) mis en œuvre au moyen de cette dernière. Le système du «chacun pour soi dans son

49 Voy. notamment art. 2, 6 et 7.

50 Notons d'ailleurs, que les réseaux et services de radiodiffusion dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale ressortissent, en tant que matière biculturelle, à la compétence fédérale, puisqu'ils ne peuvent pas être attribués exclusivement à une communauté spécifiquement (voy. art. 127, § 2, Constitution). A cet égard, voy. entre autres CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *o.c.*, pp. 480-481.

51 Sauf l'exception de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale.

52 Ceci est confirmé notamment par C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.4.1. et B.4.2.

domaine spécifique» n'est donc dans les faits plus tenable. Pour le dire avec la Cour d'arbitrage, «les compétences de l'Etat fédéral et des Communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération»⁵³ (voy. *infra*, § 4, C).

§ 3. LA DEFINITION DU CONCEPT DE RADIODIFFUSION ET L'EVOLUTION TECHNOLOGIQUE⁵⁴

17. *Définition.* Face à la convergence, la Cour d'arbitrage a progressivement affiné la définition de la radiodiffusion. Dans ses arrêts n° 76/98, 109/2000 et 156/2002⁵⁵, elle a changé et élaboré ses critères, et elle semble maintenant être arrivée au stade d'une relative consolidation. Ainsi, l'arrêt n° 132/2004 confirme pour l'essentiel la position adoptée en 2002 et est à son tour repris quasi textuellement par l'arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004. «La radiodiffusion, qui comprend la télévision, peut être distinguée des autres formes de télécommunications (ou «communications électroniques»⁵⁶) en ce qu'un programme de radiodiffusion diffuse des informations publiques, est destiné, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci, et n'a pas de caractère confidentiel. Les services qui fournissent une information individualisée, caractérisée par une certaine forme de confidentialité, ne ressortissent par contre pas à la radiodiffusion et relèvent de la compétence du législateur fédéral» (qu'il s'agisse de services de télécommunications / services de communications électroniques autres que de radiodiffusion ou de services de la société de l'information – voy. *infra*). «La caractéristique essentielle de la radiodiffusion et de la télévision est le fait de fournir des informations publiques à l'ensemble du public. Dans une interprétation évolutive de la notion de diffusion, cela inclut également la diffusion sur demande individuelle»^{57 58}.

Comme matière culturelle⁵⁹, la caractéristique essentielle de la radiodiffusion est donc que celui qui la met en œuvre entend fournir des informations publiques à une multitude de gens. C'est cette mission culturelle qui importe, de sorte que l'activité est qualifiée par un critère de contenu, fonctionnel, et non plus par un critère technique comme les infrastructures sous-jacentes ou la manière selon laquelle la diffusion est

53 *Ibidem*, B.6.2.

54 A cet égard, voy. F. JONGEN, *o.c.*; P. VALCKE et C. UYTENDAELE, *o.c.*; CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, «Communications électroniques ...», *o.c.*, pp. 7-8; D. STEVENS, *o.c.*, p. 166.

55 Datant respectivement des 24 juin 1998 (*M.B.*, 10 juillet 1998), 31 octobre 2000 et 6 novembre 2002 (*M.B.*, 28 février 2003, 3e éd.).

56 Nous ajoutons.

57 C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.10.1-2; C.A., n° 155/2004, 22 septembre 2004, B.4.1-2.

58 Donnant suite à un accord intervenu au sein du Comité de concertation abordé *infra*, le projet de «Rundfunkdekret» a repris ces éléments pour sa définition de service de radiodiffusion (celle-ci est citée au point 1 ci-dessus). Voy. exposé des motifs, précité, p. 5 et art. 2, 32, projet de «Rundfunkdekret».

59 Voy. C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.4.2, al. 2.

techniquement réalisée (de point à point ou de point à multipoint)⁶⁰. La qualification est donc technologiquement neutre. Des contenus livrés sur demande individuelle peuvent être inclus dans la définition de la radiodiffusion, si, dans le chef de celui qui les diffuse, ils sont en fait destinés au public ou à une partie de celui-ci. Pour échapper à la qualification de service de radiodiffusion, les caractéristiques d'information individualisée et d'une certaine confidentialité doivent être présentes cumulativement⁶¹. Ce que recouvrent en pratique les concepts d'«information publique»⁶² et de «certaine confidentialité» suscitera probablement encore des débats. Un autre problème déjà soulevé auparavant⁶³ ne paraît pas encore résolu: la définition de la Cour se base sur le concept de «programme». Ce concept n'est pas circonscrit. Remarquons que la définition du projet de «Rundfunkdekret» se réfère plutôt à «émission de télévision» qu'à «programme». Néanmoins la définition donnée d'«émission de télévision» renvoie au concept de «programme de télévision», à son tour défini en termes d'«émissions»⁶⁴. La pratique montrera ce qu'il faut vraiment en entendre⁶⁵.

18. Positionnement. Dans les arrêts antérieurs à 2004, définir la radiodiffusion servait à délimiter celle-ci par rapport aux services de télécommunications relevant de la compétence du législateur fédéral. Les arrêts de la Cour d'arbitrage n° 132/2004 et n° 155/2004 procèdent maintenant à un tel positionnement aussi par rapport aux «services de la société de l'information». Rappelons dans ce contexte que selon l'arrêt n° 109/2000 de la Cour d'arbitrage, une définition européenne ne saurait «être invoquée a priori de façon déterminante en vue de délimiter les compétences attribuées respectivement à l'Etat fédéral et aux Communautés par la Constitution

ou en vertu de celle-ci»⁶⁶. Nous constatons en effet que la définition européenne des services de la société de l'information⁶⁷ concerne explicitement des services fournis à la demande individuelle et exclut justement à ce titre les services de radiodiffusion comme «n'étant pas à la demande individuelle». Selon la définition utilisée par les arrêts n° 132/2004 et n° 155/2004 cependant, le concept de radiodiffusion embrasse aussi des services à la demande. Des services de radiodiffusion (à la demande) au sens belge peuvent donc bel et bien constituer des services de la société de l'information au sens européen (p. ex. la vidéo à la demande), mais ne constituant pas des services de radiodiffusion au sens européen⁶⁸. En procédant par interprétation conforme, la Cour n'a pas annulé les lois du 11 mars 2003 concernant les services de la société de l'information. Elle dispose que la définition des services de la société de l'information (au sens belge) doit être interprétée en ce sens qu'elle «ne comprend pas les services de radiodiffusion et de télévision tels qu'ils sont définis au B.10»⁶⁹. Par conséquent, les services de la société de l'information (au sens européen) qui constituent des services de radiodiffusion (au sens belge) sont exclus du champ de la loi fédérale et tombent sous la compétence des communautés.

19. Difficulté. L'avenir devra davantage clarifier quels services, en plus de la vidéo à la demande, tombent en pratique vraiment dans cette catégorie ambiguë. Il apparaît cependant dès à présent qu'à propos de ces services, les communautés devraient de leur côté réfléchir à une transposition de la «directive sur le commerce électronique»⁷⁰ ou ont déjà commencé à le faire⁷¹. Pour viser les «autres services de

60 *Ibidem*, B.10.1-2 et C.A., n° 155/2004, 22 septembre 2004, B.4.1-2. Voy. par contre l'importance donnée à ce critère dans les Conclusions de l'avocat général Antonio TIZZANO du 10 mars 2005 dans l'affaire C-89/04, *Mediakabel*, précitée (en particulier consid. 42, 45, 50, 51 et 61). Sur ce point voy. P. VALCKE, «Television broadcasting or information society service: can the ECJ learn something from a small but complex country as Belgium?», April 3, 2005, <<http://www.ofcomwatch.co.uk/2005/04/television-broadcasting-or-information>>. Ajoutons que le considérant 19 des conclusions donne une explicitation des concepts de «pay-TV», «pay-per-view», «near video-on-demand» et «video-on-demand». Voy. *supra*.

61 La formulation du B.10.1 de l'arrêt n° 132/2004 nous paraît trancher dans ce sens: «... et n'a pas de caractère confidentiel. Les services qui fournissent une information individualisée, caractérisée par une certaine forme de confidentialité ...».

62 Sur le concept d'information publique (sa description et son statut juridique), voy. C. UYTENDAELE, *Het juridisch statuut ...*, o.c., p. 34 et s.

63 P. VALCKE et C. UYTENDAELE, o.c., p. 116.

64 Art. 2, 12° et 13° du projet de «Rundfunkdekret».

65 L'art. 2, 10° des décrets de la Communauté flamande relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 4 mars 2005 (*M.B.*, 8 avril 2005, ci-après «décrets coordonnés du 4 mars 2005») définit «programme» de manière extrêmement large comme «l'ensemble des contenus sonores et/ou visuels ou autres signaux, quelle qu'en soit la forme, proposé à titre distinct par un radiodiffuseur». Cette coordination tient compte des modifications apportées à la réglementation flamande en la matière notamment par le décret du 7 mai 2004 modifiant certaines dispositions des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, et certaines autres dispositions relatives à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 9 août 2004, ci-après «décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004»). Le décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (*M.B.*, 17 avril 2003, 2e éd., ci-après «décret de la Communauté française du 27 février 2003») ne définit ni le concept de «programme», ni celui d'«émission».

66 C.A., n° 109/2000, 31 octobre 2000, B.5.3.2. (et aussi B.4.1). Voy. F. JONGEN, o.c., p. 128.

67 Voy. art. 1.2 et annexe V, de la dir. «services de la société de l'information». En les délimitant par rapport aux services de la société de l'information, cette directive utilise plus précisément les concepts de «services de radiodiffusion sonore» et de «services de radiodiffusion télévisuelle». Pour la définition de ces derniers, la dir. 98/34/CE renvoie à l'art. 1er, point a), de la dir. «télévision sans frontières», selon lequel la «radiodiffusion télévisuelle» est «l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public... Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations ...». C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.9.2; C.A., n° 155/2004, 22 septembre 2004, B.3.2. citent également l'art. 1er de la dir. «services de la société de l'information».

68 Par contre, la quasi vidéo à la demande est aussi au sens européen un service de radiodiffusion, voy. C.J.C.E., C-89/04, *Mediakabel*, précité, consid. 41 et l'annexe V.3, a, de la dir. «services de la société de l'information».

69 C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.11.2.

70 Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.C.E.*, n° L 178/1 du 17 juillet 2000. En ce qui concerne les mesures fédérales de transposition, voy. E. MONTERO, M. DEMOULIN et Chr. LAZARO, «La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information», *J.T.*, 2004, pp. 81-95.

71 Voy. p. ex. pour la Communauté flamande les art. 54-55 des décrets coordonnés du 4 mars 2005 comme insérés par le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004, et introduisant – en faisant référence à la «directive sur le commerce électronique» – la catégorie des «services de radio». Ceux-ci sont créés par analogie avec les «services télévisés» pour lesquels une réglementation était déjà élaborée antérieurement – réglementation que le décret du 7 mai 2004 a modifiée quelque peu. Pour un commentaire des modifications apportées par le décret du 7 mai 2004, voy. P. VALCKE, «Nieuwe regels voor omroeptransmissie in Vlaanderen: het «Telecomdecreet» van 7 mei 2004 in vogelvlucht», *AM*, 2004/4, pp. 305-310.

la société de l'information» (au sens européen) qui sont de la radiodiffusion au sens belge, par exemple la vidéo à la demande, la Communauté flamande a prévu le concept de «televisiediensten»⁷². Ceux-ci sont soumis à un régime spécifique de simple déclaration. En tant que service de la société de l'information au sens européen, les «televisiediensten» ne peuvent en effet être soumis en principe à aucun régime d'autorisation⁷³. Le projet de «Rundfunkdekret» de la Communauté germanophone prévoit actuellement un régime spécifique utilisant le terme de «agrégation – Anerkennung» pour ces «autres services – andere Dienste»⁷⁴. Il semble cependant en fait, au regard des dispositions des articles concernés, plutôt s'agir d'un authentique régime d'autorisation. Les travaux parlementaires en cours affineront utilement la situation. Quant à la Communauté française, son décret de la Communauté française du 27 février 2003 ne prévoit pas de régime spécifique⁷⁵ mais une réflexion sur le sujet est en cours⁷⁶. Par ailleurs, une circonscription davantage précise du champ exact des «autres aspects des services de la société de l'information» qui, selon la Cour, et par opposition aux matières culturelles, sont de la compétence du législateur fédéral⁷⁷, serait sans doute utile.

Ajoutons qu'une révision de la directive «télévision sans frontières» «afin de prendre en compte les développements technologiques et les changements intervenus dans la structure du marché de l'audiovisuel»⁷⁸ est en cours. Dans ce contexte, la définition de la radiodiffusion télévisuelle est mise à l'épreuve, notamment par rapport à l'exclusion des services fournis à la demande individuelle d'un destinataire⁷⁹. De manière générale, à moyen terme, la relation entre les concepts de «services de la

société de l'information» et «services de radiodiffusion» devrait être revue, ainsi que celle entre les directives «télévision sans frontières» et «commerce électronique»⁸⁰. La Commission européenne suggère en effet «une approche intégrée de la société de l'information et des politiques audiovisuelles dans l'UE». Dans ce contexte elle conçoit qu'une proposition de révision de la directive «télévision sans frontières» pourrait prévoir l'utilisation de la notion de «services de contenu audiovisuels» comme concept clé qui comprendrait par exemple la fourniture d'images animées, combinées ou non à du son, au grand public, par des réseaux de communications électroniques, ce qui intégrerait notamment des «services à la demande»⁸¹.

§ 4. LA COMPETENCE DE LA COMMUNAUTE GERMANOPHONE POUR LES ASPECTS TECHNIQUES DE LA RADIODIFFUSION ET LA TRANSPOSITION DU CADRE REGLEMENTAIRE EUROPEEN REGISSANT LES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

A. Position du problème induit par la convergence technologique

20. *Convergence et cadre réglementaire européen.* Comme nous l'avons vu ci-dessus, est intervenue depuis les arrêts de la Cour d'arbitrage de 1990 et 1991 la convergence technologique entre les secteurs des télécommunications, des technologies de l'information et de l'audiovisuel, qui sont de moins en moins compartimentés. La prise en compte de la convergence et l'adoption d'une approche horizontale est un des éléments clés du cadre réglementaire européen 2003 des réseaux et services de communications électroniques.

21. *Convergence et cadres réglementaires belges.* La Belgique et notamment la compétence de la Communauté germanophone en matière de radiodiffusion et de ses aspects techniques a également été touchée par la convergence. D'une part il s'agit de transposer le cadre réglementaire européen en Belgique, qui touche d'ailleurs, vu son caractère horizontal (et l'ensemble des infrastructures qu'il englobe), plusieurs niveaux de pouvoirs. D'autre part la convergence entraîne la déspecialisation technique des infrastructures et par conséquent ébranle ainsi le principe de spécialisation juridique. Les législateurs belges se doivent d'en tenir compte.

72 Projet de décret modifiant certaines dispositions des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, et certaines autres dispositions relatives à la radiodiffusion et à la télévision, *Doc.*, Parl. Comm. fl., sess. ord. 2003-04, n° 2156/1 et Exposé des motifs, p. 8, concernant les art. 9 à 12 et 16. Voy. art. 60 et 90 et s. des décrets coordonnés du 4 mars 2005.

73 Art. 4.1 de la «directive sur le commerce électronique».

74 Art. 37-41 du projet de «Rundfunkdekret». A cet égard, l'exposé des motifs expose en page 12 que «comme 'autre service' sont considérés par exemple le guide électronique de programme ou la 'vidéo à la demande'» (nous traduisons). «Als 'anderer Dienst' gilt beispielsweise der elektronische Programmführer oder das Video-on-Demand», projet de «Rundfunkdekret», *o.c.*

75 Le régime d'une autorisation appliqué en matière de radiodiffusion (art. 33 et s. du décret) pourrait poser problème en regard du droit européen pour ce qui concerne le service de la société de l'information de la vidéo à la demande. Notons que, sans être prévue par le décret, la différence est faite entre «service à la séance» et «service à la demande». Le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA a déjà délivré une autorisation pour les premiers, à la S.A. Be TV (déc. n° 14/2004 du 15 décembre 2004, *M.B.*, 9 février 2005, 2e éd.) (voy. aussi *supra*, point 3), alors qu'il n'y a pas encore eu d'autorisation de «service à la demande».

76 CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL, «Services de radiodiffusion non conventionnels ou services de médias. Document soumis à consultation publique», 1er juillet 2004, p. 10, disponible sous http://www.csa.be/Publication/Publications_Liste.asp?Action=ARC.

77 C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.11.1.

78 Commission européenne, Direction générale de l'Éducation et de la Culture, Groupe de réflexion 1 «Réglementation du contenu audiovisuel», document de travail, septembre 2004, p. 1, http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/Focus%20groups/fg1_wp_fr.pdf.

79 *Ibid.*, pp. 1-3.

80 Communication de la Commission, «L'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel», *COM* (2003) 784, 15 décembre 2003, pp. 15-16.

81 Voy. respectivement: Communication de la Commission, *COM* (2005) 229, *o.c.*, p. 4 et Commission européenne, Direction générale de la société de l'information et des médias, «Documents de synthèse pour la Conférence de Liverpool sur l'audiovisuel – Règles applicables aux services de contenu audiovisuel», juillet 2005, p. 1-5, http://europa.eu.int/comm/avpolicy/revision-tvwwf2005/ispa_scope_fr.pdf.

B. Le cadre réglementaire européen 2003 des réseaux et services de communications électroniques et la prise en compte de la convergence technologique

1. Aperçu général

22. *Cadre général.* Le cadre réglementaire européen 2003⁸² des réseaux et services de communications électroniques⁸³ est composé essentiellement de six directives⁸⁴: les directives «cadre», «autorisation», «accès», «service universel», «vie privée et communications électroniques»⁸⁵ et «libéralisation». A ces textes s'ajoute une décision en matière de spectre radioélectrique⁸⁶ adoptée en même temps que les 4 premières directives et de nombreux autres textes (décisions, recommandations, lignes directrices) qui complètent, explicitent ou appliquent les directives principales et surtout la directive «cadre»⁸⁷. La Commission européenne devra examiner le fonctionnement de ce cadre réglementaire au plus tard pour le 25 juillet 2006.

82 Malgré le fait que les directives de base qui le composent aient été adoptées en 2002, on l'appelle le cadre de «2003», vu qu'il devait entrer en application dans les Etats membres le 25 juillet 2003.

83 Pour une description plus approfondie de ce cadre, voy. notamment A. DE STREEL et R. QUECK, «Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe», *J.T. dr. eur.*, 2003, pp. 193-202; F. DEHOUSSE, T. ZGAJEWSKI et Y. SKASKEVITCH, «Le cadre réglementaire européen des communications électroniques de 2003», C.H. CRISP, n° 1857, 2004, 43 p.; L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet – EU Competition Law and Regulation*, 2e éd., London, Sweet & Maxwell, 2003, 675 p.; P. NIHOUL et P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 802 p. Voy. également Projet de «Rundfunkdekret», *Doc.*, Parl. Comm. Germ., sess. ord., 2004-2005, n° 35/5, pp. 17-22.

84 Directive «cadre»; directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), *J.O.C.E.*, L 108/21 du 24 avril 2002; directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), *J.O.C.E.*, L 108/7 du 24 avril 2002; directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), *J.O.C.E.*, L 108/51 du 24 avril 2002; directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, L 201/37 du 31 juillet 2002; directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L 249/21 du 17 septembre 2002.

85 Selon le Conseil d'Etat, cette directive ne doit pas être transposée par la Communauté germanophone (projet de «Rundfunkdekret», avis du C.E., n° 37.660/3, p. 79).

86 Décision N° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision «spectre radioélectrique»), *J.O.C.E.*, L 108/1 du 24 avril 2002. Cette décision entend coordonner les politiques du spectre radioélectrique à travers l'Europe et ne doit en tant que telle pas être transposée par les Etats membres.

87 Une liste exhaustive et l'ensemble des textes composant ce cadre se trouvent sous http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/info_centre/documentation/index_en.htm.

2. Structure et contenu du cadre réglementaire européen 2003

a. La directive «cadre»

23. *Contexte.* Comme son nom l'indique, la directive «cadre» contient les dispositions générales concernant l'ensemble du cadre réglementaire 2003 et servant de base de départ aux autres mesures. Nous donnons ici un très sommaire aperçu du champ d'application, des objectifs et des principes régissant le cadre tels qu'ils ressortent de cette directive, ainsi que de ses dispositions en matière d'«autorités réglementaires nationales» (ARN) et d'«entreprises puissantes sur le marché».

24. *Champ du cadre réglementaire européen 2003 – le principe.* Prenant en compte la convergence entre les secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information et la déspecialisation technique qui s'ensuit (voy. *supra*), le cadre entend réaliser une réglementation horizontale qui s'applique à l'ensemble des réseaux et services de transmission de signaux par moyens électromagnétiques⁸⁸. Il s'ensuit que, comme exemples de cette globalité des réseaux et de services de communications électroniques⁸⁹ ainsi couverte, les réseaux utilisés (notamment) pour la radiodiffusion et les services de transmission de signaux de radiodiffusion tombent sous le cadre réglementaire 2003. Ce dernier couvre également les «ressources et services associés». Les ressources associées visent les ressources qui permettent ou soutiennent la transmission du signal à l'utilisateur final, tels les «systèmes d'accès conditionnel», les «interfaces de programme d'application» utilisées pour la distribution de radiodiffusion numérique, ou les «guides électroniques de programme»⁹⁰.

25. *Champ – la séparation entre transmission et contenus.* Tout en couvrant l'ensemble des infrastructures de communications électroniques, le cadre réglementaire entend séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus⁹¹. Il régit en effet la transmission de contenus, et non les contenus eux-mêmes comme par exemple des programmes de radiodiffusion. Ces contenus font l'objet de réglementations spécifiques aux niveaux européens⁹² et national, qui peuvent

88 Art. 1er et consid. 5, dir. «cadre».

89 Pour une définition de ces concepts, voy. *supra*, n° 13. En ce qui concerne le champ du cadre réglementaire 2003, voy. not. A. DE STREEL et R. QUECK, *o.c.*, pp. 194-195.

90 Respectivement Conditional Access System – CAS, Application Program Interface – API et Electronic Programme Guide – EPG. Le CAS vise toute mesure et/ou disposition technique – logiciel et composante d'équipement – qui permet de soumettre l'accès sous une forme intelligible à un service de radio ou de télévision à une autorisation individuelle préalable. Il peut être contenu dans les boîtiers distribués par les opérateurs de télévision payante. L'API constitue une sorte d'operating system ou, en d'autres mots, l'équivalent de ce qu'est Windows dans le monde des PC. L'EPG est une des applications qui peuvent tourner sur une API. On notera enfin que les services associés ne sont pas définis dans les directives. Voy. directive «cadre», art. 1er, e, f et p.

91 Art. 1.2 et consid. 5-7 et 9, dir. «cadre».

92 Ainsi le contenu des programmes de télévision fait l'objet de la directive «télévision sans frontières» tandis que le commerce électronique fait l'objet entre autres justement de la «directive sur le commerce électronique».

poursuivre des objectifs propres, par exemple en matière de diversité culturelle et de pluralisme, et auxquelles le nouveau cadre n'entend pas porter atteinte⁹³.

26. Champ – la prise en compte de liens entre transmission et contenus. Le cadre reconnaît et prévoit toutefois des liens qui existent inévitablement entre transmission et contenus et par conséquent entre leurs réglementations⁹⁴. Ces liens résultent notamment du fait que l'opérateur qui contrôle le réseau de transmission peut indirectement contrôler le contenu qui pourra être distribué aux utilisateurs. Il en va de même au niveau de la réglementation. Par conséquent, les nouvelles directives permettent et prévoient que certaines obligations soient imposées à certains fournisseurs de réseaux et services pour atteindre des objectifs liés au contenu, notamment en matière de pluralisme et de diversité culturelle⁹⁵. Ces obligations visent principalement (i) les autorisations d'entrée sur le marché (p. ex. des restrictions concernant la transmission de contenus illégaux) et l'octroi de radiofréquences (p. ex. la réservation de certaines fréquences pour la transmission de certains contenus), (ii) l'accès, en matière de radiodiffusion numérique, aux CAS ainsi qu'aux API et EPG, et aussi (iii) la transmission de chaînes ou de services de radiodiffusion spécifiés (obligations de diffuser)⁹⁶.

27. Objectifs. Le nouveau cadre s'articule explicitement autour de trois objectifs⁹⁷. *Primo*, le but est de promouvoir la concurrence dans le secteur des réseaux et services de communications électroniques, dans l'intérêt de l'économie et des consommateurs. *Secundo*, le cadre doit contribuer au développement du marché intérieur. *Tertio*, il doit soutenir les intérêts des citoyens européens, d'où notamment la fourniture garantie de certaines offres dont le service universel et des dispositifs de protection du consommateur⁹⁸.

28. Principes. Pour mettre en œuvre ces objectifs, le cadre s'appuie sur un certain nombre de principes⁹⁹. Parmi ces principes, notons qu'il faut garder la réglementation à un minimum nécessaire pour atteindre les objectifs du cadre, de sorte à limiter les

93 Art. 1.2 et 1.3 et consid. 5 à 7 de la dir. «cadre».

94 Consid. 5 et art. 8.1, al. 3, dir. «cadre».

95 Notons qu'en pratique la frontière entre ce qui relève du contenu et de la transmission sera parfois difficile à déterminer et pourra faire l'objet de classifications quelque peu arbitraires. Par exemple, la présence d'une chaîne audiovisuelle dans un EPG est soumise au nouveau cadre, mais la place qu'elle occupe dans ce même guide ne relève pas des nouvelles directives (art. 6.4 de la directive «accès»).

96 Ou «*must-carry*». Sur les liens, voy. OPEN NETWORK PROVISION COMMITTEE, «The 2003 regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting», Working Document, 14 juin 2004/2, p. 2, http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/doc/todays_framework/digital_broadcasting/onpcom02_14rev1_14062002.pdf. Dir. «autorisation», art. 6.1 et 2, annexe A.6 et 9 ainsi que B.1; dir. «accès», art. 5.1, b et 6 ainsi qu'annexe I, dir. «service universel», art. 31.

97 Ceux-ci sont détaillés à l'art. 8 de la directive «cadre».

98 Les autorités réglementaires nationales («ARN») doivent s'employer à atteindre les objectifs et justifier leurs décisions à leur égard. P. ex. art. 7.1 et 8.1, dir. «cadre»; art. 8.4, dir. «accès» et 17.2, dir. «service universel».

99 Voy. Communication de la Commission, «Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés – Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications», COM (1999) 539, 10 novembre 1999, pp. 14-17 (ci-après communication «Réexamen 1999») et dir. «cadre», art. 8.1.

barrières à l'entrée. Par conséquent les exigences administratives doivent être strictement limitées p. ex. en matière d'entrée sur le marché (voy. *infra*). De plus, la priorité doit être laissée au droit de la concurrence tant que la réglementation sectorielle spécifique n'est pas nécessaire. Ainsi, le cadre réglementaire vise à lever progressivement cette dernière au fur et à mesure que la concurrence se développe¹⁰⁰. Deuxièmement, afin de ne pas freiner le dynamisme du marché et afin de ne pas être désuète dès le jour de son adoption en raison des évolutions rapides et imprévisibles du secteur, la réglementation doit permettre de la flexibilité tout en assurant la sécurité juridique et l'harmonisation. Un troisième principe, même s'il est plutôt formulé comme souhait, et qui est entraîné par la convergence est celui de la neutralité technologique de la réglementation, qui ne doit pas distinguer/discriminer entre les technologies¹⁰¹. L'approche horizontale du cadre réglementaire 2003 est une application de ce principe.

29. Autorités réglementaires nationales. L'autorité réglementaire nationale (ARN), par exemple la «*Beschlusskammer*»¹⁰², est la cheville ouvrière de la gestion quotidienne et à long terme du secteur¹⁰³. En principe, l'ARN n'adopte pas des règles générales et abstraites mais les applique par des décisions individuelles prises au cas par cas. Sa caractéristique principale est son indépendance, qui détermine son impartialité¹⁰⁴. Dans l'exercice de ses fonctions, l'ARN est également amenée à consulter et coopérer avec d'autres instances comme la Commission européenne, les ARN d'autres pays ainsi que l'autorité de concurrence nationale.

100 Ceci vaut en tout cas pour les mesures de réglementation économique qui régissent les relations entre fournisseurs de réseaux et de services et entre ces derniers et les utilisateurs finals en vue d'amener une concurrence effective sur le marché. Les mesures qui visent par exemple à organiser l'allocation de ressources comme les fréquences ou qui contribuent à assurer la fourniture d'activités d'intérêt général comme le service universel sont sans doute destinées à être plus pérennes. 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.

101 Art. 8.1 al. 2, et consid. 18, dir. «cadre». Ainsi l'idée est de ne pas distinguer entre des technologies si ceci n'est pas nécessaire en vertu de données techniques: par contre la rareté de la ressource «radiofréquences» peut justifier un traitement spécifique des réseaux qui les utilisent. De plus, il s'agit de ne pas promouvoir certains services spécifiques sauf de manière proportionnelle et justifiée. Le considérant 18 de la directive «cadre» donne l'exemple de favoriser «la télévision numérique dans le but d'accroître l'efficacité de l'utilisation du spectre».

102 «Chambre décisionnelle», projet de «*Rundfunkdekret*», art. 89 et s.

103 L'art. 2, g de la directive «cadre» définit les ARN de manière fonctionnelle comme le «ou les organismes chargés par un Etat membre d'une quelconque des tâches de réglementation» prévues par les directives du cadre réglementaire 2003. Elle doit par exemple assigner les radiofréquences, surveiller les prix, imposer des obligations aux entreprises puissantes, contrôler le respect du cadre réglementaire ou encore résoudre des litiges.

104 Voy. art. 3.1-3 et consid. 11, dir. «cadre». Voy. aussi projet de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union européenne, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1997-98, n° 1-808/3, pp. 68-69.

30. ARN et «entreprises puissantes». Il revient aussi aux ARN de mettre en œuvre les trois étapes de la procédure prévue pour contrôler les «entreprises puissantes sur le marché»¹⁰⁵, dite «procédures SMP», afin de favoriser l'émergence d'une réelle concurrence (qui risquerait d'être entravée par ces entreprises). Ainsi, l'ARN définit dans une première étape et notamment sur base d'une recommandation de la Commission¹⁰⁶, les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations spécifiques. Il s'agit des marchés pour lesquels les recours fondés sur le droit de la concurrence ne sont pas suffisants, notamment en raison de la présence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires comme par exemple les coûts très élevés et irrécupérables pour déployer un réseau d'accès local utilisant le câble jusqu'à l'utilisateur final. Actuellement, l'annexe de la recommandation «marchés pertinents» identifie le marché des «services (et réseaux)¹⁰⁷ de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux» (marché 18) comme un des 18 marchés à examiner.

Ensuite, dans la deuxième étape, l'ARN analyse ces marchés afin d'identifier la présence d'éventuelles entreprises disposant d'une puissance significative, c'est-à-dire d'une position dominante qui leur permet de se comporter, dans une manière appréciable, de manière indépendante de leurs concurrents, clients ou consommateurs. L'on estime que pareille position est atteinte p. ex. quand une entreprise dispose de 40 % de part de marché sur un marché déterminé. Finalement, dans la troisième étape, l'ARN impose à cette ou ces entreprises les obligations appropriées au regard de la situation (p. ex. si une entreprise risque d'imposer des prix trop élevés, l'ARN lui imposera des obligations portant sur ces prix). Notons finalement que, même si la réglementation sectorielle spécifique des communications électroniques utilise des concepts (p. ex. celui de «dominance») et des méthodes du droit de la concurrence, il s'agit de deux corps de règles distincts et autonomes mais complémentaires¹⁰⁸. Ils sont notamment adoptés sur des bases juridiques distinctes¹⁰⁹ et disposent d'objectifs et de caractéristiques propres¹¹⁰.

105 Dir. «cadre», art. 14-16, consid. 27 et annexes I et II; dir. «accès», art. 7-13; dir. «service universel», art. 16-19. Voy. A. DE STREEL, «Market definitions in the new European regulatory framework for electronic communications», *Info*, vol. 5, n° 3, 2003, pp. 27-47.

106 Voy. aussi la recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L 114/45 du 8 mai 2003, ci-après, recommandation «marchés pertinents».

107 Ajouté sur base de l'exposé des motifs du 11 février 2003 de la recommandation «marchés pertinents», p. 43 (http://europa.eu.int/information_society/policy/ecominfo_centre/documentation/recomm_guidelines/relevant_markets/frl_2003_497.pdf).

108 Voy. notamment Commission européenne, «Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications», *J.O.C.E.*, C 233/2 du 6 septembre 1991, pt. 17; A. DE STREEL, «The New Concept of 'Significant Market Power' in Electronic Communications: the Hybridisation of the Sectoral Regulation by Competition Law», *E.C.L.R.*, 2003, p. 541.

109 L'art. 95 CE pour la réglementation sectorielle spécifique des communications électroniques et les art. 81, 82 et 86 CE pour le droit de la concurrence, en plus du règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises («le règlement CE sur les concentrations»), *J.O.C.E.*, L 24/1 du 29 janvier 2004. Notons que la directive «libéralisation», adoptée sur base de l'art. 86 CE, relève à cet égard plutôt du droit de la concurrence.

b. Autres mesures

31. Accès au marché – la directive «libéralisation». En codifiant des directives antérieures, la directive «libéralisation» confirme l'obligation d'ouverture à la concurrence des marchés des réseaux et services de communications électroniques. En utilisant dorénavant le concept large de «réseau de communications électroniques», la directive inclut et libéralise les services de transmission de signaux de radiodiffusion sur des réseaux câblés et hertziens et donc aussi les réseaux servant à ces services de transmission¹¹¹. Selon l'avis du Conseil d'Etat¹¹² relatif au projet de «Rundfunkdekret», la directive «libéralisation» ne doit pas être transposée par la Communauté germanophone. Ceci nous dispense de discuter la nécessité et possibilité pour la Communauté germanophone d'utiliser la théorie des pouvoirs implicites pour la transposition.

32. Accès au marché – la directive «autorisation». La directive «autorisation» contient les règles concernant l'entrée sur les marchés libéralisés. Toute entreprise a le droit de fournir des réseaux et services de communications électroniques. La nécessité d'une autorisation individuelle qui serait accordée par une décision explicite de l'ARN ne peut plus être prévue. Par contre, l'Etat peut imposer aux entreprises de notifier leurs activités ainsi que de respecter le régime de l'«autorisation générale»¹¹³. De plus, l'utilisation de radiofréquences peut être soumise à l'obtention de droits individuels d'utilisation, qui peuvent d'ailleurs être attribués directement à un fournisseur de contenus de radiodiffusion¹¹⁴.

33. Comportements des entreprises sur le marché de gros. La directive «accès» vise à encadrer les rapports entre exploitants de réseau et fournisseurs de services. Elle assure donc la concurrence loyale au niveau du marché de gros¹¹⁵. Ses dispositions portent en particulier sur l'accès aux ressources et aux services d'une autre entreprise dont on a besoin pour soi-même fournir des services. Cela permet notamment aux nouveaux entrants sur le marché de disposer d'un réseau suffisamment interconnecté pour qu'il soit attrayant et donc compétitif. Cette directive régit aussi l'accès aux ressources associées que sont les CAS, EPG et API.

.../...

110 Pour une comparaison entre réglementation sectorielle spécifique et droit de la concurrence, voy. entre autres P. VALCKE, R. QUECK et E. LIEVENS, *EU Communications Law. Significant Market Power in the Mobile Sector*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2005, pp. 119-140.

111 Explicitement, cela n'avait été le cas avant que pour les réseaux par satellites. Voy. directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *J.O.C.E.*, L 268/15 du 19 octobre 1994, consid. 17.

112 Voy. le projet de «Rundfunkdekret», avis du C.E., p. 79.

113 Elle est constituée par le cadre réglementaire général (décret, arrêtés d'exécution) fixant droits et obligations des fournisseurs de réseaux et services de communications électroniques (art. 2.2., a), dir. «autorisation».

114 Art. 5.2 et cons. 12, dir. «autorisation».

115 Ces dispositions sont couramment appelées «règles en matières d'accès», à ne pas confondre avec celles portant sur l'accès au marché qui sont les «règles en matière d'autorisation».

34. *Comportements des entreprises sur le marché de détail.* La directive «service universel» règle les relations entre entreprises qui offrent les services et réseaux de transmission électroniques publics et les utilisateurs finaux. Elle se compose de trois parties. Une première prévoit les obligations que les ARN peuvent imposer aux entreprises puissantes sur certains marchés de détail afin de promouvoir une concurrence loyale sur le marché de détail. La deuxième contient les dispositions relatives aux services publics de base. Pour ce qui concerne spécifiquement la Communauté germanophone il faut citer les obligations de «must-carry» et les services obligatoires additionnels¹¹⁶, de même que le règlement extrajudiciaire des différends impliquant des consommateurs. Enfin, la directive contient dans une troisième partie des dispositions de protection du consommateur concernant par exemple sa bonne et complète information.

3. Classification des dispositions du cadre réglementaire européen à transposer par la Communauté germanophone

35. *Catégories.* Il nous paraît possible de classer les dispositions du cadre réglementaire 2003 que les Communautés doivent transposer en deux catégories: les dispositions «spécifiques à la radiodiffusion», qui concernent en premier lieu les communautés, et les dispositions «hybrides», qui *a priori* concernent tant les communautés que le pouvoir fédéral^{117 118}.

36. *Première catégorie – dispositions spécifiques.* Les dispositions spécifiques à la radiodiffusion concernent par définition en premier chef, en raison même de leur champ d'application, les communautés, compétentes pour la radiodiffusion. Cela inclut les règles en matières de must-carry, de systèmes d'accès conditionnel et d'autres ressources associées pour la radiodiffusion numérique¹¹⁹. D'autres

116 Cette dernière catégorie laisse aux Etats membres (et donc à la Communauté germanophone) la possibilité de rendre obligatoires certains services de communications électroniques (p. ex. l'accès haut débit à internet pour les écoles) sans que cependant ils puissent faire recours pour le financement de ces services à un fonds nourri par le secteur, contrairement au service universel. Voy. art. 32 dir. «service universel».

117 Il y a aussi des dispositions «spécifiques au pouvoir fédéral», voy. le service universel actuellement limité aux réseaux et services téléphoniques accessible au public, art. 3 de la dir. «service universel».

118 A cet égard, voy. Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, *o.c.*, pp. 265-268; OPEN NETWORK PROVISION COMMITTEE, *o.c.*; C. UYTENDAELE, «Nieuw Europees regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten. Omzetting door de Gemeenschappen», in *Mediarecht. Telecommunicatie en telematica*, Mechelen, Kluwer, livr. 19, 2002, spéc. p. 3 (qui utilise d'ailleurs le concept de dispositions «génériques» à la place de celui d'«hybrides»).

119 P. ex. celles relatives aux interfaces de programmes d'applications (API) et aux guides électroniques de programmes (EPG). Concernant les décodeurs numériques (et en ce compris les questions des CAS, API et EPG, ...) et leur cadre juridique, voy. P. VALCKE (avec la collaboration de L. VANFLETEREN), «Toegang tot digitale televisiedecoders, een kwestie van pluralisme en mededinging», *AM*, 2002/1, pp. 30-53.

dispositions se rapportent plus à la normalisation des signaux ou à l'interopérabilité des récepteurs et services de télévision numérique, ou encore à la diffusion en 16:9¹²⁰. Vu que la compétence des communautés en matière de radiodiffusion est avant tout une compétence culturelle de contenu, il n'est guère étonnant que les dispositions spécifiques que les communautés doivent transposer portent pour la plupart sur les liens transmission-contenu.

37. *Deuxième catégorie – dispositions hybrides.* La catégorie des dispositions hybrides vise celles qui relèvent tant de la radiodiffusion que des autres communications électroniques. Nous y plaçons premièrement les dispositions institutionnelles. Les régulateurs fédéral et communautaires doivent en effet chacun respecter les dispositions institutionnelles destinées aux ARN, ainsi que les principes et objectifs de la réglementation. Cela correspond à l'approche fonctionnelle du nouveau cadre.

Dans cette deuxième catégorie nous plaçons également les dispositions sur la régulation économique. Cela recouvre la matière des «procédures SMP», d'autorisation et d'accès. Selon l'utilisation du réseau ou service pour lequel ces dispositions sont invoquées, le pouvoir fédéral ou la communauté sera compétente. Pour certaines de ces dispositions hybrides, il pourrait être possible «d'identifier un champ d'application spécifique à un secteur particulier»¹²¹. Par exemple, en matière d'autorisation, l'attribution des droits d'utilisation des fréquences assignées à la radiodiffusion peut (sous réserve de la police générale des ondes) être gérée par la communauté, tandis que le pouvoir fédéral s'occupe d'attribuer les droits relatifs aux fréquences assignées aux autres services. Cette possibilité s'ouvre selon nous également pour le domaine des «procédures SMP», puisque les marchés pourraient déterminer la compétence de l'une ou l'autre autorité. En l'occurrence, le marché 18 mentionné ci-dessus tomberait sous la compétence des communautés¹²². Pour d'autres dispositions hybrides, comme celles relatives à l'autorisation générale de fournir des réseaux et services de communications électroniques¹²³, identifier un champ d'application spécifique à un secteur particulier semble moins évident.

120 Voy. art. 17-18, dir. «cadre»; art. 4.2, dir. «accès»; art. 24, dir. «service universel».

121 Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, *o.c.*, p. 268.

122 Selon certains, cette compétence s'étendrait d'ailleurs sur d'autres marchés. Voy. CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL, «Communications électroniques ...», *o.c.*, pp. 5-7. En raison de la numérisation il paraît *a priori* peu évident de différencier techniquement si une donnée numérisée transmise sur une infrastructure quelconque constituera en fin de compte un contenu de radiodiffusion ou p. ex. un entretien téléphonique. Si donc techniquement il ne sera pas possible d'identifier au niveau des données transmises si le marché 18 est concerné, ce faire sera possible sur base de la description dans la notification du réseau et du service offert introduite par un fournisseur ou sur base des relations commerciales liant un fournisseur à d'autres fournisseurs voire aux consommateurs.

123 L'art. 3 de la dir. «autorisation» ne spécifie en effet pas les services visés par l'autorisation générale.

C. La mise en œuvre des compétences en matière des aspects techniques de la radiodiffusion face à la convergence et la transposition du cadre réglementaire européen en Belgique

1. Etat de la transposition en Belgique – le projet de décret de la Communauté germanophone dans son contexte

38. *Obligation de transposition.* Pour l'essentiel, les communautés et le législateur fédéral¹²⁴ devaient transposer le cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques au plus tard le 24 juillet 2003 et l'appliquer à partir du 25 juillet 2003¹²⁵. Les dispositions du nouveau cadre réglementaire européen ne préjugent pas des répartitions de compétences internes à un Etat 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 des réformes européennes impliquent que les dispositions de transposition des autorités compétentes respectives soient semblables. Ceci sous réserve des champs de compétence respectifs et de l'inévitable marge de manœuvre inhérente à la transposition de directives. La directive «cadre» précise d'ailleurs que la convergence technologique implique que tous les réseaux de transmission soient couverts par «un même cadre réglementaire»¹²⁶. La transposition en Belgique n'a pas eu lieu endéans le délai imparti et le pays a par conséquent été condamné pour ce manquement par la Cour de Justice des Communautés européennes¹²⁷. La situation actuelle varie d'un niveau de pouvoir à l'autre.

39. *Transposition par le pouvoir fédéral.* Au niveau fédéral, deux projets de lois relatifs aux communications électroniques viennent d'être adoptés et le premier a été publié au Moniteur belge ce 20 juin 2005¹²⁸. Ceux-ci ont précisément pour objet de transposer le cadre réglementaire européen. Nous tenons également à mentionner les lois «IBPT-statut»¹²⁹ et «IBPT-litiges»¹³⁰ du 17 janvier 2003. Ces lois ne

124 Voy. Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, *o.c.*, p. 265-272; D. STEVENS, C. UYTENDAELE et P. VALCKE (avec la collab. de R. QUECK), «De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwintet of kakofonie?», *Computerr.*, 2003/1, pp. 44-61; C. UYTENDAELE, «Nieuw Europees regelgevend kader ...», *o.c.*

125 Voy. notamment art. 28.1 de la dir. «cadre».

126 Consid. 5.

127 C.J.C.E., 10 mars 2005, *Commission c/ Belgique*, C-240/04: condamnation pour non-transposition des directives «cadre», «autorisation», «accès» et «service universel»; la Belgique a en outre été condamnée pour non-transposition de la dir. «vie privée et communications électroniques»: C.J.C.E., 28 avril 2005, *Commission c/ Belgique*, C-376/04. La Belgique n'a pas été poursuivie pour non-transposition de la dir. «libéralisation».

128 Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, 2e éd., ci-après loi «communications électroniques», et Projet de loi relatif à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-05, n° 1426/1 et *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2004-05, n° 3-1134/1. En raison de son objet, ce projet a été soumis d'office à la procédure bicamérale. Il a été adopté sans être amendé en séance plénière du Sénat le 9 juin 2005.

129 Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, 3e éd., *err. M.B.*, 4 juin 2003, 2e éd.

130 Loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, 3e éd., *err. M.B.*, 4 juin 2003, 2e éd.

transposent pas explicitement le nouveau cadre européen. Nous pouvons néanmoins considérer qu'elles anticipent cette transposition sur un certain nombre de points, par exemple concernant l'indépendance du régulateur. Le pouvoir fédéral est également compétent pour transposer ces directives pour la Région bilingue de Bruxelles-Capitale en ce qui concerne les réseaux et services de radiodiffusion (voy. *supra*). A ce niveau, il n'y a pas encore d'avant-projet de transposition rendu public à ce jour.

40. *Transposition par les communautés.* En Communautés française et flamande des mesures de transposition ont été adoptées. Il s'agit du décret de la Communauté française du 27 février 2003¹³¹ et du décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004¹³². En ce qui concerne la Communauté germanophone, le processus d'adoption du projet de «Rundfunkdekret» entre également en phase finale¹³³. Au stade d'avant-projet, celui-ci s'était heurté à un avis défavorable du Conseil d'Etat quant à la compétence de la Communauté germanophone d'agir seule en la matière¹³⁴ (voy. *infra*), ce qui a eu pour conséquence que, soumis au Conseil d'Etat pour avis en septembre 2004, le texte n'a finalement été déposé au Parlement de la Communauté qu'en avril 2005.

41. *Etat de la transposition et implications de la convergence.* Comme nous le verrons ci-dessous, la prise en compte de la convergence technologique en particulier par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 132/2004 a affecté et/ou risqué d'affecter encore les textes de transposition mentionnés ci-dessus ainsi que leur mesures d'exécution. Tant qu'il n'est pas juridiquement établi que chacun de ces textes constitue dans la mesure nécessaire une réglementation prise de commun accord (voy. *infra*), leur validité reste en effet en suspens.

2. Comment transposer le cadre réglementaire européen dans un contexte de convergence technologique: position du Conseil d'Etat

42. *Constat du problème.* Après d'autres institutions comme par exemple le Sénat dans son rapport de 1999¹³⁵, la section «législation» du Conseil d'Etat a réagi face à la convergence ainsi qu'à ses conséquences, la déspecialisation technique des infrastructures et la mise en question du système de la spécialisation juridique appliqué en Belgique (voy. *supra*). A l'occasion de plusieurs projets en matière de communications électroniques – en particulier l'avant-projet de décret de la Communauté française et l'avant-projet de loi fédérale visant à transposer le cadre

131 Il convient de constater que le décret est entré en vigueur pour la majorité de ses dispositions le jour de sa publication, et donc avant la date d'application prévue au niveau européen (25 juillet 2003 – voy. *supra*).

132 Un décret flamand sur le régulateur est encore attendu.

133 Projet de «Rundfunkdekret».

134 Projet de «Rundfunkdekret», avis du C.E., *précité*.

135 CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *o.c.*, en particulier pp. 466-477.

réglementaire européen¹³⁶ nous lisons: «D'une manière générale, à la suite de la convergence technologique entre les télécommunications et l'audiovisuel, convergence que la réglementation européenne a, avec les directives précitées (c'est-à-dire les directives du cadre réglementaire européen 2003¹³⁷), dûment prise en compte, il n'est plus concevable que l'Etat fédéral, compétent pour les télécommunications d'une part, et les Communautés, compétentes pour la radiodiffusion et la télévision, en ce compris leurs 'aspects techniques', d'autre part, puissent prendre chacun séparément les mesures tendant à réglementer le marché unifié des réseaux et des services communications électroniques.». De même, «la section de législation ne peut que constater, à nouveau, que la nécessaire coordination de fréquences radioélectriques, compte tenu des règles de répartition de compétence en vigueur, ne peut être réalisée que par un accord de coopération»¹³⁸.

43. *Deux issues.* Le Conseil d'Etat suggère deux issues possibles: soit un accord de coopération, soit une modification de la répartition des compétences qui alors, «à l'instar de la réglementation européenne, distinguerait la transmission des communications électroniques du contenu de celles-ci»¹³⁹. L'accord de coopération se baserait, en ce qui concerne la Communauté germanophone, sur l'article 55bis de la L.C.G. qui lui rend applicable l'article 92bis, § 1er, L.S.R.I. sur les accords de coopération.

44. *Modification de la L.S.R.I.* La modification explicite de la répartition des compétences par une modification de la L.S.R.I., qui se répercuterait alors sur la L.C.G., rendrait au fédéral la compétence pour régir l'ensemble des aspects techniques des communications électroniques, qu'ils soient de radiodiffusion ou de télécommunications au sens strict et laisserait aux communautés seulement la compétence pour les aspects de contenu. Ce «retour à la case départ» d'avant 1990 (voy. *supra*) paraît *a priori* tentant. Il serait en tout cas logique en ce qu'il appliquerait justement la logique de la réglementation horizontale telle que suivie par le cadre réglementaire européen en réaction à la convergence technologique. Il introduirait d'ailleurs la solution allemande en Belgique. En effet, le système allemand prévoit que la compétence des Etats fédérés – les «Länder» – en matière de radiodiffusion est limitée aux aspects de contenu, alors que l'Etat fédéral – le «Bund» – est compétent pour l'ensemble des aspects techniques, qu'ils soient relatifs à la radiodiffusion ou aux services de télécommunications au sens strict ou,

136 Projet de décret de la Communauté française sur la radiodiffusion, Avis du C.E., n° 33.865/4, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. ord. 2002-03, n° 357/1, p. 141; projet de loi relative aux communications électroniques, avis du C.E., n° 37.295/4, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-05, n° 1425/001, p. 214; projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, avis du C.E., n° 33.255/4, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-02, n° 1937/1, pp. 56-57.

137 Nous ajoutons.

138 Projet de loi relative aux communications électroniques, avis du C.E., n° 37.295/4, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-05, n° 1425/001, p. 221.

139 *Ibidem*, p. 214. Sur cette question, voy. également S. BAZZANELLA et Ph. GÉRARD, *o.c.*, pp. 105-117 et CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *o.c.*, pp. 469-470, 476-477.

pour utiliser la terminologie nouvelle du cadre européen 2003, aux autres services de communications électroniques¹⁴⁰.

45. *Difficulté.* Procéder de la sorte en Belgique soulèverait cependant certains problèmes: la justification de la position de la Cour d'arbitrage en 1990-1991 pour en arriver au système actuel avait été de donner la pleine maîtrise de la politique en matière de radiodiffusion aux communautés pour éviter que le législateur fédéral risque d'empiéter sur la politique médiatique des communautés (voy. *supra*). Or, malgré que des autorisations individuelles ne pourront dorénavant plus être exigées pour établir et fournir un réseau de communications électroniques, ce risque subsiste. En effet, il est engendré par les liens qui existent entre la réglementation de la transmission et celle des contenus. Pour ne rappeler qu'un exemple, une politique de promotion du pluralisme pourrait nécessiter que certaines fréquences soient réservées pour certains contenus. A défaut de pouvoir réserver ces fréquences, l'autonomie des communautés en la matière serait amputée. Or, ce risque d'empiètements fédéraux sur la politique des communautés en matière de contenu médiatique subsiste encore aujourd'hui.

46. *Accord de coopération.* Il resterait dès lors la voie de la coopération entre niveaux de pouvoirs, par exemple par un accord de coopération sur base de l'article 92bis L.S.R.I. C'est bien vers cette voie que l'on semble s'orienter, en tout cas pour ce qui est du futur (voy. *infra* n°s 58-62 et 67-68).

3. Comment transposer le cadre réglementaire européen: exigences de la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 132/2004

a. Contexte de l'intervention et exigences de la Cour¹⁴¹

47. *Objet du litige.* Fin juillet 2003, le Gouvernement flamand a introduit un recours en annulation portant notamment sur la loi «IBPT-statut». Pour rappel, cette loi ne transpose pas explicitement le cadre réglementaire européen mais plutôt l'anticipe pour partie. Répondant au recours du Gouvernement flamand, la Cour a, dans son arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, annulé l'article 14 de cette loi «en tant que sont attribuées à (l'IBPT¹⁴²) des compétences en matière d'infrastructure de transmission électronique, qui est commune à la radiodiffusion et à la télévision, ainsi qu'aux télécommunications».

140 Art. 70 et 73.7 de la loi fondamentale allemande. W. HOFFMANN-RIEM, «Kommunikations- und Medienfreiheit», in *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (E. BENDA, W. MAIHOFFER et H.-J. VOGEL, Hsg.), 2. Auflage, Studienausgabe Teil 1, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, Rn. 36. Dans ce contexte, voy. également R. SCHÜTZ, *Kommunikationsrecht. Regulierung von Telekommunikation und elektronischen Medien*, München, Verlag C.H. Beck, 2005, 456 S.

141 Pour une analyse plus complète, voy. D. STEVENS, *o.c.* et R. QUECK, P. VALCKE et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, *o.c.*

142 Nous ajoutons. C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, dispositif.

48. *Mode d'exercice des compétences.* Un point saillant¹⁴³ abordé par la Cour d'arbitrage est celui du mode d'exercice de leurs compétences en matière d'infrastructure des communications électroniques par les autorités communautaires et fédérales. C'est à ce titre qu'elle affirme: «Il appartient au législateur spécial d'apprécier si, pour régler l'infrastructure des informations électroniques, il y a lieu de prévoir une coopération obligatoire ou s'il s'impose de modifier la répartition des compétences en matière de télécommunications afin de garantir une politique cohérente»¹⁴⁴.

49. *Absolue nécessité de coopération.* Il reste que la convergence «en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission», a fait apparaître que dès lors que l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler la matière des réseaux et infrastructures de communications électroniques, il y a une «absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les Communautés pour déterminer les compétences du régulateur»¹⁴⁵. La Cour persiste dans cette voie en estimant que si «l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétences», en l'espèce toutefois, «les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération». La Cour en conclut «qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences»¹⁴⁶. Par conséquent, il faut une «réglementation prise de commun accord»¹⁴⁷.

b. Solutions prévues par la Cour pour une transposition valable au regard de la répartition des compétences

50. *Principe de proportionnalité.* C'est donc en raison de la convergence que le législateur fédéral – et tout autre législateur compétent – ne peut plus légiférer seul en la matière. Comme nous l'avons vu, la Cour d'arbitrage suggère, comme le Conseil d'Etat, *a priori* deux pistes de solutions: modification de la L.S.R.I. ou «réglementation prise de commun accord». Dans le contexte de la répartition actuelle des compétences, selon laquelle «la matière de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et les autres formes de télécommunications, d'autre part, sont confiées à des législateurs distincts»¹⁴⁸, agir seul est disproportionné et donc viole la répartition des compétences. La Cour ne précise pas ici ce qu'elle entend par

disproportionné. Selon sa jurisprudence il s'agit d'un exercice des compétences qui rend impossible ou exagérément difficile l'exercice par une autre autorité de ses compétences à elle¹⁴⁹. L'on peut se demander si la portée du principe de proportionnalité n'a pas été trop étendue dans l'arrêt n° 132/2004: à force d'empêcher de rendre exagérément difficile l'exercice par le deuxième de ses compétences, c'est l'exercice par le premier de ses propres compétences qui est rendu quasi impossible¹⁵⁰. Sans doute tout est question de trouver un juste équilibre. Ici, il semble que cet équilibre ne peut être trouvé sans appui mutuel.

51. *Réglementation prise de commun accord.* A défaut de pouvoir agir seule, l'autorité fédérale doit donc agir de «commun accord». Il convient par conséquent de se demander quelle forme doit prendre et sur quoi doit porter cette «réglementation prise de commun accord»¹⁵¹.

52. *Forme de la coopération.* La Cour d'arbitrage ne précise pas la forme que doit prendre selon elle cette réglementation prise de commun accord. Elle suggère certes l'accord de coopération prévu à l'article 92bis L.S.R.I., sans toutefois l'imposer. Ainsi cette coopération pourrait par exemple également se limiter à un simple protocole¹⁵² dans lequel les parties établissent quelques grandes lignes concernant la politique à suivre au niveau des infrastructures de communications électroniques (après quoi chacun, séparément, peut adapter sa législation aux approches convenues). La référence à l'article 92bis, sans être contraignante, n'est cependant pas anodine. D'une part, elle confirme le degré d'exigence de la coopération, d'autre part, elle offre une base juridique adéquate pour ce faire. Nous verrons ci-dessous que pour nous, un consensus en comité de concertation pourrait aussi être considéré comme

143 Un autre étant la définition du concept de radiodiffusion, à son tour abordée sous § 3 *supra*.

144 C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.7.2.

145 *Idem*, B.5.1.

146 *Idem*, B.6.2.

147 *Idem*, B.7.1 et dispositif de l'arrêt.

148 *Idem*, B.4.1.

149 C.A., n° 92/2003, 24 juin 2003, B.9.2.

150 Sur ce point voy. W. PAS, «Federales loyaliteit, de bevoegdheid inzake toerisme en unicommunautaire reisbureaus. Enkele bedenkingen bij het arrest 119/2004 van het Arbitragehof», *T.B.P.*, 2005/3, pp. 147-164 et spéc. p. 153.

151 En attendant, afin «d'éviter l'insécurité juridique qui découlerait de l'annulation et de permettre au régulateur de continuer à exercer ses activités, les effets (de l'art. 14 de la loi «IBPT-statut» – nous ajoutons) doivent être maintenus ... jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005» (C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.7.1).

152 A cet égard (mais aussi de manière générale sur les accords de coopération), voy. P. MODAEL, «Het democratisch deficit teweeggebracht door het instrument van de samenwerkingsakkoorden en protocollen», *T.B.P.*, 1995, pp. 722-727, reprenant les réponses du Premier ministre aux questions écrites de MM. L. DIERICKX et F. ERDMAN. D'autres formes de coopération sont mentionnées p. ex. par l'art. 6 L.S.R.I. ou par l'art. 33 de la loi ordinaire de réformes institutionnelles du 9 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980. Selon R. MOERENHOUT et J. SMETS, *De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, p. 42 et s. L'on peut systématiser et classer les différentes formes de coopération en fonction du degré de coopération recherché: 1. la fourniture d'informations; 2. l'obtention d'un avis préalable (non contraignant); 3. l'association d'autres autorités à la décision et la concertation; 4. la soumission à accord (contraignant). Sans disposer à ce stade d'un critère déterminant, nous pensons cependant que pour certaines de ces formes de coopération, notamment les n° 1, 2 et certaines formes du n° 3, on ne pourra justement pas parler d'un «commun accord» tel qu'exigé par la Cour d'arbitrage.

conduisant à une «réglementation prise de commun accord». Il reste néanmoins vrai que la forme exacte qui satisfera aux exigences de la Cour relève à l'heure actuelle quelque peu de la spéculation¹⁵³.

53. *Champ de la coopération.* Nous déduisons des considérants B.5.1. et B.6.2. de l'arrêt n° 132/2004 qu'en l'espèce, la Cour d'arbitrage visait essentiellement une coopération concernant les régulateurs. Elle parle effectivement de «l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les Communautés pour déterminer les compétences du régulateur». En outre elle accuse l'autorité fédérale de violer le principe de proportionnalité «en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications»¹⁵⁴.

54. *Au-delà de la directive «cadre».* Ce devoir de coopérer va plus loin que ce qui est requis par l'article 3 de la directive «cadre»¹⁵⁵. Il ne faut pas seulement – tel que requis par ledit article 3 – que soient mises sur pied des procédures de concertation et de coopération devant être suivies par les différents régulateurs (ainsi que, d'ailleurs, l'autorité de la concurrence) lors de l'exercice de leurs compétences distinctes. Il faut aussi, selon la Cour d'arbitrage, une coopération entre les législateurs lorsqu'ils établissent et déterminent les compétences de ces régulateurs (donc *en amont* de l'exercice par les régulateurs de leurs compétences).

55. *Objet de la coopération: en matière de régulateurs et d'infrastructure?* Selon les considérants B.5.1. et B.6.2. précités, il ne semble donc *a priori* pas avoir été l'intention de la Cour d'arbitrage d'étendre, dans le cadre de l'arrêt, l'obligation de coopération à tous les aspects de l'infrastructure des communications électroniques. De son côté, dans son avis sur le projet de «Rundfunkdekret»¹⁵⁶, le Conseil d'Etat s'est exprimé de façon plus large. En effet, selon l'interprétation qu'il paraît donner à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, il faudrait une coopération entre la communauté et l'autorité fédérale portant tant sur les régulateurs que sur les infrastructures (voy. *infra* 4), infrastructures qui, comme nous l'avons vu, peuvent être utilisées pour la fourniture de services de communications électroniques relevant de la compétence de différents pouvoirs. La portée qui semble plus étroite de la position de la Cour d'arbitrage résulterait-elle du fait qu'elle devait en l'espèce uniquement juger des dispositions concernant le statut et les compétences de l'IBPT, ou s'agit-il d'un choix délibéré...?

Avec la mise sur pied d'un protocole ou d'un accord de coopération dans lequel l'Etat fédéral et les communautés se mettent d'accord sur la description et l'exercice des différentes compétences des régulateurs respectifs, les autorités concernées pourraient dès lors satisfaire aux exigences mises en avant par la Cour d'arbitrage.

153 Davantage de précisions pourraient émerger du recours de l'IBPT contre le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004, voy. *infra* 4c ou d'éventuels recours futurs.

154 Nous soulignons.

155 Auquel la Cour d'arbitrage renvoie elle-même (voy. B.5.2).

156 Projet de «Rundfunkdekret», avis du C.E., *o.c.*

Pourtant, l'esprit de l'arrêt (et la problématique qui est à sa base, à savoir la convergence et la déspecialisation des infrastructures) semble commander une coopération plus englobante – ce que nous paraît confirmer l'avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de «Rundfunkdekret». Tant sur le plan du règlement du statut et des compétences du régulateur que sur le plan des règles matérielles concernant l'infrastructure des communications électroniques, le simple exercice seul par l'autorité fédérale de sa compétence en matière de communications électroniques autres que de radiodiffusion porterait atteinte de façon disproportionnée à la compétence en matière de radiodiffusion des communautés¹⁵⁷, dans la mesure où ces compétences sont «inextricablement imbriquées».

c. Deux questions particulières: l'utilisation de pouvoirs implicites et la transposition de dispositions européennes spécifiques à la radiodiffusion

56. *Utilisation des pouvoirs implicites*¹⁵⁸. La Cour d'arbitrage estime en l'occurrence que les compétences sont à ce point imbriquées que l'exercice seul par un niveau de pouvoir¹⁵⁹ de sa compétence rend impossible ou exagérément difficile¹⁶⁰ aux autres d'exercer leur compétence. Cette affirmation n'a-t-elle pas une répercussion sur la possibilité pour une autorité d'utiliser des pouvoirs implicites? Nous savons en effet que les trois conditions d'application de cette théorie sont: (i) les mesures prises au-delà des compétences sont nécessaires à l'exercice efficace d'une compétence attribuée¹⁶¹; (ii) la matière se prête à un régime différencié; (iii) l'effet sur la compétence sur laquelle il est empiété est marginal¹⁶². L'exigence d'adopter une réglementation de commun accord ne préjuge-t-elle pas, du moins en partie, de

157 Et *vice versa*, selon le C.E. en son avis sur l'avant-projet de Rundfunkdekret, *o.c.* Il faut attendre le résultat du recours en annulation introduit par l'IBPT contre le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 (n° rôle 3170) pour savoir si la Cour d'arbitrage partage ce point de vue ou pas. Voy. *M.B.*, 30 décembre 2004, 2e éd.

158 Voy. art. 5, § 1er, L.C.G. qui déclare applicable à la Communauté germanophone, moyennant les adaptations nécessaires, l'art. 10 L.S.R.I, siège de la matière. Pour l'application de la théorie en matière de communications électroniques, voy. C.A., n°109/2000, 31 octobre 2000, B.10 et 11 et C. UYTENDAELE, «Nieuw Europees ...», *o.c.*, antérieur à l'arrêt de la C.A. n° 132/2004, 14 juillet 2004, pp. 14-15.

159 Dans l'arrêt n° 132/2004, la Cour d'arbitrage s'est prononcée à propos de l'exercice de la compétence de réglementation par le pouvoir fédéral, mais l'on peut également tenir le même raisonnement par rapport aux communautés envers le fédéral, vu qu'ils «jouent tous sur le même terrain», celui de l'«infrastructure des communications électroniques» (C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.5.1, al. 1 et B.6.2, al. 2) ou encore celui de l'«infrastructure de transmission électronique» (*ibidem*, dispositif).

160 Voy. C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.6.2, al. 2 constatant la violation du principe de proportionnalité, lu conjointement avec C.A., n° 92/2003, 24 juin 2003, B.9.2 qui explicite le sens du principe.

161 La Cour d'arbitrage opère à cet égard seulement un contrôle marginal. A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Deel 1 B, 2ème éd., Malines, Kluwer, 2004, n° 356.

162 *Idem*.

la possibilité de remplir les deuxième et troisième conditions, au regard de la convergence, de l'imbrication des pouvoirs et de la proportionnalité? Tout d'abord, la condition de possibilité de traitement différencié revient à se demander si au niveau de l'autorité sur les compétences desquelles une autre autorité empiète, la matière en question tolère que de façon limitée, l'on ait un régime particulier. Si les compétences sont tellement imbriquées qu'il faut une réglementation de commun accord, il faut douter de la possibilité de remplir cette deuxième condition. Ensuite, il faut noter que la condition d'effet marginal est une application aux pouvoirs implicites du principe de proportionnalité¹⁶³. Or, l'exercice seul d'une compétence propre est déjà jugé disproportionné par la Cour. Comment dès lors l'exercice par une instance d'un pouvoir implicite (donc d'une compétence qui est en principe celle d'un autre niveau de pouvoir) pourrait-il être considéré comme n'ayant qu'un effet marginal? Ce sujet mérite certainement encore plus ample réflexion. Les réponses apportées, par exemple par la Cour d'arbitrage dans le contexte du recours en annulation (cit. *supra*) contre le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 (voy. *infra*), affecteront directement la possibilité d'utilisation des pouvoirs implicites dans ce domaine.

57. Deuxième question. Nous avons vu que certaines dispositions du cadre réglementaire européen 2003 des communications électroniques, peuvent être considérées comme spécifiques à la matière de la radiodiffusion (voy. *supra* n° 36). Ces mesures concernent par définition en premier chef les communautés. La Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 132/2004 n'opère pas pareille distinction. Faut-il que ces dispositions également soient «prises de commun accord», malgré qu'elles soient spécifiques à la radiodiffusion? En effet, il n'en reste pas moins qu'elles ont un impact sur les réseaux et services de communications électroniques en général. Prenons l'exemple des fréquences réservées à un contenu audiovisuel. Ces fréquences ne peuvent dès lors être utilisées à d'autres fins. La situation est comparable pour les règles en matière de «must-carry». L'on peut se demander si ces mesures affectent suffisamment ou non le champ de compétences des autres pour rendre excessivement difficile l'exercice par ces autres de leurs compétences, tant qu'il n'y pas de réglementation prise de commun accord. La réponse devra sans doute être trouvée pour chaque cas particulier.

4. Réactions et suites données à l'arrêt 132/2004 de la Cour d'arbitrage

a. L'avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de décret «Rundfunkdekret»

58. Avis du Conseil d'Etat. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le Conseil d'Etat a, par son avis du 28 septembre 2004, bloqué pendant un certain temps le processus parlementaire relatif à l'avant-projet de «Rundfunkdekret». Il suit en effet la même ligne que la Cour d'arbitrage, voire en grossit le trait: «Aufgrund des Standpunktes des Schiedshofes ist anzunehmen, so der Staatsrat, dass (die Bestim-

mungen über elektronische Kommunikationsnetze und über die Beschlusskammer des Medienrates) nach dem heutigen Stand der Zuständigkeitsverteilung nicht einseitig durch die Deutschsprachige Gemeinschaft angenommen werden können, sondern dass sie sich im Gegenteil aus einer Zusammenarbeit zwischen der Gemeinschaft und der Föderalbehörde ergeben muss»¹⁶⁴. Le Conseil d'Etat conclut que la Communauté germanophone n'est pas compétente – pour régler seule cette matière. Cette incompétence porte selon lui sur plus que seulement les dispositions sur les compétences du régulateur (art. 89 à 109), c'est-à-dire aussi sur celles relatives aux réseaux de communications électroniques (art. 42 à 85 de l'avant-projet)¹⁶⁵. La recherche d'une solution lui permettant de continuer le processus législatif tout en maximisant les chances de conformité au regard des exigences de la répartition des compétences a amené la Communauté germanophone à saisir le Comité de concertation (voy. *infra*).

b. Le recours de l'IBPT contre le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004

59. Recours de l'IBPT. A l'instar du recours de la Communauté flamande contre les lois IBPT ayant initié l'arrêt n° 132/2004, l'IBPT a introduit un recours en annulation partielle du décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 visant à transposer le cadre réglementaire européen en Flandre (voy. *supra*). Ce recours a été introduit le 26 novembre 2004. L'on peut légitimement s'attendre¹⁶⁶ à ce que l'IBPT invoque notamment le respect de la proportionnalité telle que mise en avant par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 132/2004: vu que, en la matière, les compétences de l'Etat fédéral et des Communautés sont extrêmement imbriquées, la Flandre aurait dû, pour adopter son décret valablement, s'être au préalable entendue sur le sujet avec le pouvoir fédéral.

c. L'intervention du Comité de concertation et la préparation d'accords de coopération

60. Saisine. En quelques mois, la situation dans ce secteur législatif s'est donc considérablement émuée. Le constat était cornélien: il fallait d'urgence transposer les directives européennes, mais pour le faire bien – juridiquement – il faut au préalable aboutir à une réglementation prise de commun accord – activité

164 «Sur base de la position de la Cour d'arbitrage, il faut supposer, ainsi dit le Conseil d'Etat, que [les dispositions sur les réseaux de communications électroniques et sur la Chambre décisionnelle du Conseil des Médias] ne peuvent dans l'Etat actuel de la répartition des compétences pas être adoptées unilatéralement par la Communauté germanophone, mais doivent au contraire résulter d'une coopération entre la Communauté et l'autorité fédérale» (nous traduisons), projet «Rundfunkdekret», exposé des motifs, p. 2. Voy. aussi Avis du C.E., p. 80.

165 Dans son avis, le Conseil d'Etat estime que pour «certaines dispositions» (nous soulignons) en matière de réseaux de communications électroniques, l'avant-projet concerne des matières pour lesquelles les compétences sont imbriquées. Le Conseil d'Etat ne précise pas lesquelles (*précité*, p. 80, consid. 5).

166 C.A., n° 132/2004, *précité*, B.6.2. Voy. aussi C.A., n° 92/2003, *précité*, B.9.2.

163 *Idem* et note 399.

chronophage. Face à l'avis du Conseil d'Etat qui constatait son incompétence pour régler unilatéralement, le Gouvernement de la Communauté germanophone a dès lors pris l'initiative de saisir le Comité de concertation¹⁶⁷. Cette saisine se base sur l'article 3, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973: «Lorsque, selon l'avis de la section de législation, un avant-projet ou une proposition de loi, de décret ou d'ordonnance, ainsi qu'un amendement ou un projet d'amendement excède, selon le cas, la compétence de l'Etat, de la Communauté ou de la Région, cet avant-projet, cette proposition ou cet amendement sont renvoyés au Comité de concertation»¹⁶⁸.

61. Déblocage. Nous ne pouvons que nous réjouir de cette saisine puisqu'elle semble avoir contribué à un certain déblocage de la situation. En effet, la concertation a d'ores et déjà abouti le 2 mars 2005 à un consensus. Celui-ci contient l'approbation des projets germanophone et fédéral après insertion des modifications convenues¹⁶⁹. Pour le projet de «Rundfunkdekret», ces modifications portent sur la définition de service de radiodiffusion, la procédure d'établissement des plans de fréquences, l'utilisation systématique du terme «fréquence radio» plutôt que «fréquence» et l'ajout dans l'exposé des motifs que l'accord de coopération entre les régulateurs belges n'a jusqu'à présent pas encore été conclu. Des recours en annulation contre les deux textes visés ci-dessus devant la Cour d'arbitrage par un des niveaux de pouvoirs concernés restent toujours possibles. Néanmoins, il nous semble que si ces

recours portaient sur la question de savoir si oui ou non il y a eu une «réglementation prise de commun accord», il y a, justement en raison du consensus au niveau du Comité de concertation, toutes les chances que la réponse de la Cour soit positive.

Il semble en outre qu'au-delà de la considération des deux projets de transposition du cadre réglementaire européen, le Comité de concertation se soit également mis d'accord sur une nouvelle version de l'article 14 de la loi «IBPT-statut», annulé par l'arrêt n° 134/2004 de la Cour d'arbitrage. Cette nouvelle version, non encore rendue publique en fin de rédaction du présent article, devrait être rapidement introduite au parlement fédéral et ambitionne également de rencontrer les exigences de la Cour d'arbitrage vu son caractère consensuel.

62. Vers des accords de coopération? Par ailleurs, le Comité de concertation aurait, le 20 avril 2005, dans une approche plus prospective cette fois, presque trouvé un consensus sur un accord de coopération qui porterait à la fois sur une coordination des différentes autorités réglementaires du fédéral et des Communautés dans l'exercice de leurs activités et sur une coopération en matière de préparation de textes réglementaires. Cet accord pourrait contribuer à conférer à des réglementations futures et en particulier aux dispositions d'exécution du «Rundfunkdekret» et de la loi fédérale relative aux communications électroniques, le statut de «réglementation prise de commun accord». L'autorité de régulation de la Communauté germanophone («Beschlusskammer des Medienrates») et son gouvernement seraient d'ailleurs impliqués dans ces procédures – à leurs niveaux respectifs et avec voix délibérative. Néanmoins, le 8 juin 2005, la Flandre a bloqué la conclusion de l'accord, qui a par ailleurs été signé par le pouvoir fédéral et les autres communautés¹⁷⁰. Le gouvernement flamand souhaitait qu'aboutisse d'abord un arrangement sur la répartition des fréquences pour les radios locales. La conclusion de l'accord est donc reportée. Enfin et en conclusion, il y a encore deux questions à l'étude dans le cadre du Comité de concertation: un accord de coopération sur la coordination des fréquences radio¹⁷¹ ainsi que la problématique des droits de passage et celle de l'exercice de ses fonctions par le service de médiation pour les télécommunications¹⁷².

167 Art. 31 de la loi ordinaire de réformes institutionnelles du 9 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980. La Communauté germanophone y siège avec voix consultative, sauf lorsque l'art. 67 L.C.G. lui octroie une voix délibérative. Voy. sur ce point K. MUYLLE, «La représentation de la Communauté germanophone au sein des institutions fédérales: entre la logique de la participation et celle de la protection d'une minorité», *cet ouvrage*, n° 32-38 ainsi que S. FÖRSTER, K.-H. LAMBERTZ et L. NEYCKEN, «Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens – das kleinste Bundesland in der Europäischen Union», in EUROPAISCHES ZENTRUM FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG (Ed.), *Jahrbuch des Föderalismus 2004*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, p. 215.

168 Malgré la formulation de l'article, il semble cependant que la saisine ne soit pas obligatoire au sens strict du terme. Il n'y a en tout cas pas de sanction prévue en cas de non-respect. Voy. J. VAN NIEUWENHOVE, «Commentaar bij art. 3 R.v.St.-Wet», in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, p. 30 et J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving: vijftig jaar adviezen en wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, pp. 886-887. Sur les «pour et contre» de voir un organe politique donner des avis juridiques sur la répartition des compétences, voy. J. VAN NIEUWENHOVE, *o.c.*, p. 29 et J. VELAERS, *o.c.*, pp. 884-885. Ce dernier (p. 883), en citant *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1979-80, n° 504/2, 65 mentionne d'ailleurs qu'un consensus au sein du Comité de concertation lie les gouvernements concernés, mais pas leurs assemblées parlementaires.

169 Le gouvernement fédéral s'est en fait joint, pour ce qui allait devenir la loi «communications électroniques», à la saisine du Comité de concertation par la Communauté germanophone. Voy. à cet égard le projet de loi relatif aux communications électroniques, Amendements n° 182-188 de M. De Padt et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-05, n° 1425/14, pp. 1-4 ainsi qu'Amendements n° 107-116 de M. De Padt et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1425/8, pp. 4-6. Dans les justifications de ces amendements on trouve des renvois explicites aux travaux du Comité de concertation et au consensus intervenu en son sein le 2 mars 2005. Pour la Communauté germanophone, voy. le projet de «Rundfunkdekret», *o.c.*, pp. 2-3.

170 B. BROENS, «Vlaanderen blokkeert telecomakkoord», *De Tijd*, 9 juin 2005, p. 5.

171 Exposé des motifs de l'art. 93 du Projet de «Rundfunkdekret», *o.c.*, p. 25 ainsi que p. 2 et 3; art. 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques: «La coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion fait l'objet d'un accord de coopération avec les Communautés, en application de l'art. 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles».

172 Cette matière touche en effet aussi à la compétence des Régions. En attente de trouver un commun accord avec les Régions, les dispositions relatives aux droits de passage et à l'utilisation des propriétés publiques et privées pour établir physiquement un réseau de communications électroniques ont été enlevées du projet de loi relatif aux communications électroniques et sont maintenues – provisoirement – dans la loi du 21 mars 1991. Notons d'ailleurs à cet égard et pour laisser de la marge aux différents systèmes nationaux dont le champ dépasse souvent la réglementation des communications électroniques, le cadre réglementaire européen traite cette problématique quelque peu en marge, par exemple en ne prévoyant pas une intervention des autorités réglementaires nationales mais d'une «autorité compétente» (art. 11.1, de la dir. «cadre»).

§ 5. CONCLUSIONS

63. Une compétence essentielle mais de plus en plus complexe à exercer. Les matières culturelles, et parmi ces dernières la radiodiffusion, constituent des éléments clés des compétences des communautés et sont des piliers de leur raison d'être. Force est cependant de constater que, dans un contexte de convergence, la matière de la radiodiffusion devient de plus en plus technique et complexe.

64. Des tâches exigeantes pour le régulateur. Une fois le «Rundfunkdekret» adopté, la régulation journalière du secteur constituera le grand défi à relever. Dans le cas de la Communauté germanophone, les tâches sont certes moins nombreuses que celles qui incombent au régulateur fédéral en matière de communications électroniques autre que de radiodiffusion. En effet, notamment la supervision de la mise en œuvre du service universel échappe au régulateur de la Communauté germanophone et ce dernier doit analyser la présence d'une entreprise puissante en principe sur un seul marché, le marché 18. Analyser ce marché et assurer les autres fonctions à réaliser en vertu du cadre réglementaire européen 2003 demeurent cependant des tâches redoutables et la manière selon laquelle elles seront mises en œuvre contribuera (ou non) à la crédibilité de la Communauté germanophone en la matière. Cette tâche est rendue encore plus complexe par le fait qu'il s'agira d'intégrer et de concilier deux logiques, celle du marché technique de la transmission de signaux (prédominante dans les directives) et celle du «marché» du contenu. Ici comme dans d'autres domaines, la charge n'est pas nécessairement directement proportionnelle au nombre (restreints) d'habitants de la Communauté et à son territoire limité. Elle exigera par conséquent des ressources humaines et donc aussi financières. Ces ressources ne seront pas faciles à trouver dans un contexte où notamment le nombre de fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques de radiodiffusion desquels on peut réclamer une taxe administrative ou une redevance est par la force des choses plus que limité¹⁷³.

65. Des lumières dans le brouillard et un régulateur qui n'est plus seul. Enfin, les exigences de coopération formulées par la Cour d'arbitrage en reconnaissance de la déspecialisation technique des infrastructures présentent également un défi, tant pour le Parlement que pour le régulateur de la Communauté germanophone. A cet égard cependant, nous pensons que malgré le contrecoup subi du fait du refus (temporaire, espérons-le) par la Communauté flamande de signer l'accord de coopération concernant la collaboration dans la régulation et la réglementation des réseaux de communications électroniques, la saisine du Comité de concertation par la Communauté germanophone a été un grand pas dans la bonne direction. Selon nous, elle peut être considérée comme ayant eu comme résultat immédiat de permettre au projet de «Rundfunkdekret» (et à la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques) d'aller à la rencontre de l'exigence de la Cour

d'arbitrage d'une réglementation prise de commun accord. Mais elle a aussi contribué à dissiper un peu le brouillard qui a envahi la réglementation des réseaux et services de communications électroniques – de radiodiffusion et autres. Elle a finalement relancé la discussion et la coopération entre les différents niveaux et instances concernés de sorte que nous voyons donc des chances que le poème cité en introduction, se trouvera démenti. La culture, l'économie et les utilisateurs en Communauté germanophone s'en réjouiront.

§ 6. POST SCRIPTUM: PRINCIPALES EVOLUTIONS ULTERIEURES

66. Adoption du «Rundfunkdekret». Parmi les principales évolutions intervenues entre la clôture de la rédaction du présent article le 12 juin et celle de la lecture des épreuves le 29 juillet 2005, qui méritent d'être mentionnées brièvement, la première est que le projet de «Rundfunkdekret» (voy. *supra* note 3) est devenue le «Dekret vom 27. Juni 2005 über den Rundfunk und die Kinovorstellungen»¹⁷⁴. Comme anticipé au n° 19 ci-dessus, ses articles 37 et 38 prévoient dorénavant pour les «autres services – andere Dienste» une autorisation générale et le principe d'une notification préalable au début, lors d'une modification ou à l'arrêt de l'activité. Ce système vise la conformité à la «directive sur le commerce électronique»¹⁷⁵.

67. Arrêt de la Cour d'arbitrage du 13 juillet 2005. Dans son arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005 (*M.B.*, 5 août 2005) la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur le recours de l'IBPT en annulation partielle du décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 mentionné ci-dessus au n° 59. Dans ce contexte, elle confirme la définition de la radiodiffusion telle que donnée dans son arrêt n° 132/2004 (B.7.2) et les éléments repris ci-dessus au n° 17, notamment la destination des informations fournies à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci, le fait que ces informations ne peuvent pas être individualisées et confidentielles et la possibilité qu'elles soient diffusées sur demande individuelle. Nous constatons cependant que l'arrêt n° 128/2005 se réfère à des «services qui fournissent des informations publiques» (B.7.2) et non plus, comme le faisait l'arrêt n° 132/2004, aux *programmes* de radiodiffusion qui diffusent des informations publiques (B.10.1). La question de savoir précisément ce qu'est un «programme de radiodiffusion» (voy. *supra* n° 17) ne semble donc plus se poser, en tout cas dans le contexte de la définition de la radiodiffusion.

Par rapport à la question de la réglementation des infrastructures dans un contexte de déspecialisation technique, l'arrêt expose que «l'infrastructure de transmission

174 Le décret sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, non encore publié, à été adopté le 27 juin par le Parlement de la Communauté et a été sanctionné ainsi que promulgué le même jour par le Gouvernement.

175 Projet de «Rundfunkdekret», Propositions d'amendement n° IX et X, *Doc.*, Parl. Comm. Germ., sess. ord. 2004-2005, n° 35/2 du 13 juin 2005, pp. 3-4. A cet égard, on peut regretter que les art. 39 et 40 parlent encore d'«agrégation – Anerkennung» et de «demande d'agrégation – Antrag auf Anerkennung».

173 Les taxes administratives visent à couvrir les coûts administratifs globaux de la régulation, alors que des redevances peuvent être prévues pour les droits d'utilisation de radiofréquences; voy. respectivement art. 12 et 13 de la dir. «autorisation» et art. 109 du projet de «Rundfunkdekret».

électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doit être réglée en coopération entre l'État fédéral et les Communautés» (B.6.3). Constatant dans le cas qui lui est soumis l'absence d'une telle coopération et une réglementation partiellement unilatérale par la Communauté flamande de l'infrastructure mentionnée ci-dessus, la Cour a, en droite ligne avec son arrêt n° 132/2004 qu'elle cite extensivement, conclu à une violation des règles répartitrices de compétences (B.6.4 et 5). Elle a par conséquent annulé l'article 18 du décret du 7 mai 2004 qui porte réglementation des «réseaux de communications électroniques»¹⁷⁶, tout en maintenant son effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005 (B.6.7 et dispositif). L'objectif et le champ de la coopération entre l'État fédéral et les Communautés dans la réglementation de l'infrastructure de transmission électronique commune, est «de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure soit soumise à des dispositions contradictoires» (B.6.3). Cela confirme qu'il semble falloir une coopération plus englobante que simplement au sujet des régulateurs (voy. *supra* n° 55), sans qu'une réglementation unique ne soit requise pour autant. La Cour d'arbitrage continue à laisser ouverte la forme exacte que doit prendre la «coopération nécessaire» ou la «réglementation prise de commun accord» qu'elle réclame (B.6.7). La limitation par la Cour de l'obligation de coopération à l'«infrastructure commune» (B.6.3) pourrait encore faire l'objet de discussions. Il pourrait s'agir d'une «formule de sauvegarde» qui, à toutes fins utiles, viserait à exclure de l'obligation de coopération les infrastructures qui par leurs caractéristiques techniques intrinsèques seraient telles qu'elles ne pourraient pas être utilisées à la fois pour la radiodiffusion et pour d'autres télécommunications. L'avenir montrera alors comment une telle distinction entre «infrastructure commune» et «infrastructure exclusive» sera mise en œuvre par exemple au niveau d'un accord de coopération.

68. Nouvel article 14 pour la loi «IBPT-statut». L'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses¹⁷⁷, remplace l'article 14 de la loi «IBPT-statut», annulé par l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 132/2004 (voy. *supra*, n° 39, 47 et 61). Par rapport aux exigences de la Cour d'arbitrage relatives à la coopération entre État fédéral et Communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques, il convient d'une part de mentionner que cet article a fait l'objet d'un accord en Comité de concertation le 20 avril 2005¹⁷⁸. D'autre part, ce nouvel article

176 Suite à la coordination du 4 mars 2005, les dispositions introduites par l'art. 18 constituent maintenant les titres VI «les réseaux de communications électroniques» (art. 122-144) et VII «l'utilisation de normes pour l'émission de signaux télévisés» (art. 145-156) des décrets coordonnés du 4 mars 2005. L'ensemble de ces articles sera donc affecté par l'annulation de l'art. 18. Notons que parmi les dispositions annulées se trouvent des règles relatives aux CAS, API, EPG, au format 16:9 ainsi qu'aux normes d'émission. La Cour a donc estimé que leur impact sur l'infrastructure de transmission électronique commune était suffisamment fort pour créer une obligation de coopération (voy. *supra* n° 57).

177 M.B., 29 juillet 2005, 3e éd.

178 Projet de loi portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1845/1, pp. 64-65.

14 prévoit que l'IBPT coopèrera avec les autorités régulatrices des Communautés et des Régions (§ 2, 3, f). Il soumet de plus la prise de décision par l'IBPT dans des matières d'intérêt commun avec les Communautés à la conclusion préalable d'un accord de coopération¹⁷⁹. Le Conseil d'Etat dans son avis n° 38.451/1/2/3/4 des 26, 27 et 31 mai 2005 conclut que «la disposition en projet met en place un système qui n'est pas conforme à l'arrêt de la Cour d'arbitrage»¹⁸⁰ et qu'elle constitue en fait une réglementation adoptée unilatéralement par le législateur fédéral et non pas une réglementation prise de commun accord avec les autorités fédérées concernées. S'il est vrai que l'accord de coopération mentionné par le nouvel article 14 n'interviendra en tous cas qu'*a posteriori* par rapport à l'adoption de l'article 14 nouveau, déjà intervenue, par le parlement fédéral (voy. *supra*, n° 62), le Conseil d'Etat ne tient pas compte de l'accord intervenu en Comité de concertation. Une interprétation peut en être le maintien par le Conseil de son exigence de la conclusion d'un accord de coopération (à défaut d'une modification de la L.S.R.I.) exprimée dans divers avis antérieurs à l'arrêt n° 132/2004 de la Cour d'arbitrage (voy. *supra*, n° 42-43 et note 136). Si c'était le cas, nous nous demandons si le Conseil n'adopterait pas ici une position trop formaliste. En effet, la formulation adoptée par la Cour d'arbitrage (réglementation prise de commun accord) qui dans ses arrêts n° 132/2004 et n° 128/2005 n'exige pas expressément un accord de coopération nous paraît être plus ouverte à d'autres formes de coopération¹⁸¹ parmi lesquels nous verrions un consensus tel qu'intervenu en comité de concertation. Cela n'empêche pas que pour le futur il est probablement plus opportun de recourir à un cadre juridique tourné vers l'avenir, organisé et dépassant le «cas par cas», comme par exemple un accord de coopération peut l'offrir. Notons que si la Cour d'arbitrage se ralliait explicitement à la position formaliste et n'acceptait à son tour pas un consensus du Comité de concertation comme constituant une réglementation prise de commun accord, cela n'aurait, en cas de recours, pas seulement des conséquences pour le nouvel article 14 de la loi «IBPT-statut», mais aussi pour le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 et pour la loi «communications électroniques». A suivre.

179 «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» (art. 14, § 2, 5).

180 Avis du Conseil d'Etat 38.451/1/2/3/4, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 1845/1, précité, p. 203.

181 Voy. à cet égard notamment C.A., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.6.1, repris par C.A., n° 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.2: «ils [l'Etat, les communautés et les régions – nous ajoutons] disposent en outre d'autres instruments [que les accords de coopération – nous ajoutons] en vue de donner forme à leur coopération».