

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Communications électroniques

Defreyne, Élise; Hocepied, Christian; Jost, Julien; Queck, Robert; Debilio, Rosario

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Defreyne, É, Hocepied, C, Jost, J, Queck, R & Debilio, R 2015, 'Communications électroniques', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 59-60, pp. 126-154.

### 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.

les enquêteurs purent suivre leur localisation grâce au système susmentionné<sup>724</sup>. La Cour considéra que « nonobstant le fait que les entreprises privées sécurisent l'obtention de ces données vis-à-vis du monde extérieur, rien ne les empêchait de partager ces données avec des tiers, dont les services de police ». Par cette simple assertion, la Cour de cassation jugea légalement justifiée la décision de la cour d'appel suivant laquelle la localisation des conteneurs sur la base de ces données, ne constitue pas une observation systématique requérant une autorisation. Nous ne pouvons nous rallier à un tel raisonnement. Il nous paraît essentiel que le critère emportant l'application des garanties procédurales prévues par l'article 47sexies C.I.Cr. reste l'objectif, par les forces de l'ordre, « d'observer de manière systématique »; que cet objectif soit réalisé grâce à leurs propres moyens ou par le biais de moyens mis à leur disposition par des tiers. Dans un arrêt du 13 mai 2011<sup>725</sup>, la cour d'appel de Bruxelles se prononça de manière conforme à ce principe, rappelant qu'un détournement de finalité d'un système d'information par les forces de police dans un but d'observation de personnes déterminées fait rentrer cette méthode d'enquête dans le champ d'application de l'article 47sexies C.I.Cr.

## V. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Elise DEFREYNE<sup>726</sup>, Christian HOCEPIED<sup>727</sup>, Julien JOST<sup>728</sup>,  
Robert QUECK<sup>729</sup>, avec la collaboration de Rosario DEBILIO<sup>730 731</sup>

### A. Champ de la chronique

**229. Le cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques.** Au niveau européen, le cadre réglementaire sectoriel pour les réseaux et services de communications électroniques actuellement en vigueur a été adopté en 2002 pour entrer en

<sup>724</sup> Y. VAN DEN BERGE: « Le système informatique automatisé "tracking et tracing" aux fins de localisation de conteneurs n'est pas une observation au sens de l'article 47sexies C.I.cr. », note sous Cass., 19 juin 2012, R.G. n° P.12.0363.N, *T. Strafr.*, 2013/3, p. 185.

<sup>725</sup> Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 13 mai 2011, *T. Strafr.*, 2012/5, p. 351. Dans le cas d'espèce, après avoir constaté de visu, sur le terrain, le manège suspect de trafic de drogue du prévenu, des policiers tentèrent en vain de l'appréhender. Ils découvrirent, cachés sous le pneu d'un véhicule, vers lequel ce prévenu s'était baissé à plusieurs reprises, dix pacons de marijuana. C'est après cette première intervention, qui ne put être menée à bien, que les policiers décidèrent de se rendre au commissariat afin d'observer les allers et venues sur le lieu des faits grâce aux images enregistrées par cinq caméras placées sur la voie publique. Ces devoirs permirent de remarquer la présence du prévenu, ainsi que sa participation aux faits de la prévention. La cour d'appel estima que s'il va de soi qu'en cas de constat fortuit d'une infraction, au cours du visionnage d'images lors de ses missions, les policiers sont autorisés à intervenir et à conserver la preuve de l'infraction, tel n'est pas le cas lorsque le constat d'indices de (voire de simples informations relatives à) l'infraction a précédé le visionnage, comme en l'espèce. Pour cette raison, la cour jugea que les observations effectuées par les policiers relevaient bien du champ d'application de l'article 47sexies du Code d'instruction criminelle. Pour davantage de précisions, voy. F. DUMORTIER, « La surveillance par caméras : de la supervision de lieux vers l'observation systématique de personnes », in *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, pp. 333-342.

<sup>726</sup> Assistante à l'Université de Namur et chercheuse senior au CRIDS.

<sup>727</sup> Chercheur senior au CRIDS.

<sup>728</sup> Responsable de l'unité « Distributeurs et Opérateurs » du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

<sup>729</sup> Maître de conférences à l'Université de Namur et directeur-adjoint du CRIDS.

<sup>730</sup> Conseiller juridique chez Darebe.

<sup>731</sup> Les auteurs et collaborateurs s'expriment à titre personnel et n'engagent pas les institutions auxquelles ils appartiennent.



application au niveau des États membres à partir du 25 juillet 2003. Les principales directives de ce cadre réglementaire européen ont été amendées en 2009. Ce cadre est composé principalement des directives «cadre», «autorisation», «accès», «service universel», «vie privée» et «concurrence»<sup>732</sup>. Il est complété notamment par le règlement «itinérance III»<sup>733</sup> de 2012, par une directive de 2014 visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit<sup>734</sup> et par le règlement «continent connecté»<sup>735</sup> de 2015 qui vise notam-

<sup>732</sup> Respectivement :

- directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), *J.O.C.E.* L 108/33 du 24 avril 2002 modifié par le règlement (CE) n° 544/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* L 167/12 du 29 juin 2009 et par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* L 337/37 du 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.* L 241/8 du 10 septembre 2013 (directive «mieux légiférer»);
- 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, modifiée par la directive «mieux légiférer»;
- directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), *J.O.C.E.* L 108/7 du 24 avril 2002, modifiée par la directive «mieux légiférer»;
- directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), *J.O.C.E.* L 108/51 du 24 avril 2002, modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.* L 337/11 du 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.* L 241/9 du 10 septembre 2013 (directive «droits des citoyens») et modifiée par le règlement «continent connecté», cité ci-dessous;
- 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, modifiée par la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *J.O.U.E.* L 105/54 du 13 avril 2006 (directive «rétention des données») et modifiée par la directive «droits des citoyens». La jurisprudence relative à cette directive est abordée dans le chapitre III relatif aux libertés;
- directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.* L 249/21 du 17 septembre 2002 (directive «concurrence»).

<sup>733</sup> Règlement (UE) n° 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), *J.O.U.E.* L 172/10 du 30 juin 2012.

<sup>734</sup> Directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit, *J.O.U.E.* L 155/1 du 23 mai 2014 (directive «coût des réseaux à haut débit»).

<sup>735</sup> Règlement (UE) n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012



ment à assurer un internet ouvert et qui modifie à son tour la directive « service universel » et le règlement « itinérance III ».

**230. Décisions de justice européennes prises en compte.** Les décisions de justice présentées se rapportent en principe au cadre réglementaire européen en vigueur après 2009. Si ce chapitre aborde les décisions de justice qui se rapportent aux communications électroniques, c'est-à-dire à la réglementation sectorielle spécifique régissant la transmission de signaux par des moyens électromagnétiques (fils de cuivre, câbles coaxiaux, voie hertziennne, fibres optiques...), il aborde aussi les rapports entre la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence.

**231. Décisions de justice belges prises en compte et répartition des compétences dans le domaine des communications électroniques.** En ce qui concerne les décisions de justice belges prises en compte par la présente chronique, une attention particulière est portée à la jurisprudence relative à la répartition des compétences dans le domaine des communications électroniques en Belgique. La Constitution et les lois (spéciales)<sup>736</sup> se limitent à énoncer les grands principes de cette répartition. Il est par conséquent revenu à la Cour constitutionnelle d'élaborer davantage le système, notamment en définissant le concept-clé de radiodiffusion. Nous verrons ci-dessous que même si, dans le cadre de la sixième réforme de l'État, le concept de radiodiffusion a été remplacé à l'article 4, 6°, de la LSRI par celui des « aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores »<sup>737 738</sup>, ceci ne change rien quant au fond. La Cour constitutionnelle a également imposé une obligation de coopération entre État fédéral et Communautés en matière de réglementation et de régulation<sup>739</sup> des communications électroniques en raison de l'imbrication des compétences respectives qui était une conséquence de la « convergence des secteurs de la radiodiffusion (...) d'une part, et des télécommunications d'autre part » et qui entraîne un risque de décisions contradictoires<sup>740</sup>. Donnant suite à la position de la Cour constitutionnelle, cette obligation de coopération a été concrétisée dans un accord de coopération conclu entre l'État fédéral et les Communautés le 17 novembre 2006 et entré en

---

concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, *J.O.U.E.* L 310/1 du 26 novembre 2015, *err. J.O.U.E.* L 27/14 du 3 février 2016 (règlement « continent connecté »).

<sup>736</sup> Respectivement articles 35, 127 et 130 de la Constitution coordonnée du 17 février 1994, *M.B.*, 17 février 1994; article 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980 (ci-après « LSRI ») tel que modifié par l'article 2 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014. Voy. aussi article 4, § 1<sup>er</sup>, de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983, *M.B.*, 18 janvier 1984 (« Loi communauté germanophone »).

<sup>737</sup> L'exception de l'émission de communications du Gouvernement fédéral est maintenue.

<sup>738</sup> L'article 4, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone (*M.B.*, 18 janvier 1984) délimite les matières culturelles tombant sous la compétence de la Communauté germanophone par un simple renvoi à l'article 4 de la LSRI.

<sup>739</sup> La « réglementation » vise l'adoption de lois, de décrets et d'arrêtés qui déterminent de manière générale et abstraite les droits et obligations des acteurs du secteur (en ce compris les autorités de régulation comme l'IBPT ou la CRC). Le concept de « régulation » vise l'application des règles à l'aide de décisions individuelles dans des cas concrets. Ces décisions ont cependant parfois des effets qui dépassent leur destinataire direct (par exemple en matière d'interconnexion de réseaux).

<sup>740</sup> C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.4.1, B.6.2. et B.7. Jusqu'à la fin de 2014, la Cour a précisé sa jurisprudence en la matière par une série d'arrêtés : C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005; C.A., 8 novembre 2006, n° 163/2006; C.A., 22 novembre 2006, n° 172/2006; C. const., 15 janvier 2009, n° 2/2009; C. const., 16 juillet 2009, n° 116/2009; C. const., 23 juin 2011, n° 112/2011; C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005; C.A., 8 novembre 2006, n° 163/2006; C.A., 22 novembre 2006, n° 172/2006; C. const., 15 janvier 2009, n° 2/2009; C. const., 16 juillet 2009, n° 116/2009; C. const., 23 juin 2011, n° 112/2011 (voy. les chroniques précédentes, *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 151-156 et *R.D.T.I.*, 2012, n°s 48-49, pp. 155-160).



vigueur le 19 septembre 2007<sup>741</sup>. Cet accord institue notamment la « Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) »<sup>742</sup>. La CRC est composée au total de neuf membres issus des différents régulateurs (fédéral et communautaires) compétents en matière de communications électroniques<sup>743</sup>. Cette nécessité de coopération a aussi été prise en compte par la sixième réforme de l'État (voy. ci-dessous).

Dans la foulée, la cour d'appel de Bruxelles, instance de recours en pleine juridiction contre les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) et contre les décisions de la CRC<sup>744</sup>, a été amenée à se pencher sur la mise en œuvre de cette obligation de coopération. Nous reviendrons sur ces arrêts. Dans ce contexte, les décisions belges interprétant plus spécifiquement les dispositions légales transposant les directives européennes relatives aux communications électroniques<sup>745</sup> ne sont en principe pris en compte qu'à titre incident<sup>746</sup>.

<sup>741</sup> Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, annexé à la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II), *M.B.*, 28 décembre 2006 (« accord de coopération CRC »).

<sup>742</sup> Pour les décisions de la CRC, voy. les sites web de l'IBPT ([www.ibpt.be/fr/operateurs/telecom](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/telecom) – rubrique « recherche de documents », mot-clé « CRC », voy. aussi [www.ibpt.be/fr/operateurs/telecom/marches/radiodiffusion](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/telecom/marches/radiodiffusion) et [www.ibpt.be/fr/operateurs/telecom/marches/large-bande](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/telecom/marches/large-bande)), du CSA ([www.csa.be/documents/categorie/45](http://www.csa.be/documents/categorie/45)), du VRM ([www.vlaamseregulatormedia.be/nl](http://www.vlaamseregulatormedia.be/nl) – rubrique « zoeken », mot-clé « CRC ») et de Medienrat ([www.medienrat.be/de/regulierung/marktanalysen](http://www.medienrat.be/de/regulierung/marktanalysen)).

<sup>743</sup> Art. 5, al. 1, de l'accord de coopération CRC.

<sup>744</sup> Art. 2, 2/1 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, *err.* 4 juin 2003 (loi « IBPT-recours »), ainsi que, en ce qui concerne la CRC, art. 5, al. 3, de l'accord de coopération CRC qui précise par ailleurs que « la Cour peut remplacer la décision contestée par une nouvelle décision ».

<sup>745</sup> Voy. en particulier la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005 (« LCE ») et la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, *err.* 4 juin 2003 (loi « IBPT-statut »).

<sup>746</sup> De manière générale, en ce qui concerne les arrêts rendus par la cour d'appel de Bruxelles sur des recours introduits à l'encontre de décisions de l'IBPT ou de la CRC (publiés sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be)), on peut citer :

- Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2012, *KPN Group Belgium, Mobistar et Belgacom c. IBPT*, R.G. n<sup>os</sup> 2010/AR/2003, 2010/AR/2005, 2010/AR/2290, 2010/AR/2291, 2010/AR/2303 et 2010/AR/2314 et Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 24 septembre 2014, *Base Company, Mobistar et Belgacom c. IBPT*, R.G. n<sup>os</sup> 2010/AR/2003, 2010/AR/2005, 2010/AR/2290, 2010/AR/2291, 2010/AR/2303 et 2010/AR/2314 : analyse du marché 7 – terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (annulation, sécurité juridique, maintien des effets d'une décision pendant un certain temps). Dans le cadre de ce recours, la cour d'appel a adressé à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle relative aux articles 2 et 3 de la loi « IBPT-recours » (C. const., 30 mai 2013, n<sup>o</sup> 73/2013) (principe d'égalité et de non-discrimination, annulation, effet rétroactif, impossibilité pour la cour d'appel de maintenir les effets d'une décision pendant un certain temps, au contraire du Conseil d'État, non-violation) ;
- Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2012, *Telenet c. CRC*, R.G. n<sup>os</sup> 2011/AR/2289, 2011/AR/2290 et 2011/AR/2291 (recours en suspension) : décisions de la CRC du 1<sup>er</sup> juillet 2011 concernant les analyses des marchés de la radiodiffusion télévisuelle (compétence de la CRC, indépendance et impartialité de la CRC, principe du contradictoire, respect du processus décisionnel, motivation) et Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 novembre 2014, *Telenet et Belgacom c. CRC*, R.G. n<sup>os</sup> 2011/AR/2289, 2011/AR/2290, 2011/AR/2291, 2011/AR/2415 et 2011/AR/2418 (recours en annulation – pourvoi en cassation pendant) : analyses des marchés de la radiodiffusion télévisuelle (exclusion de Belgacom du bénéfice de certains remèdes, motivation, annulation partielle) ;
- Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 6 novembre 2012, *Tecteo, Brutélé, AIESH et Coditel Brabant c. CRC*, R.G. n<sup>os</sup> 2011/AR/2261, 2011/AR/2263, 2011/AR/2264, 2011/AR/2265, 2011/AR/2266, 2011/AR/2375 et 2011/AR/2377 (recours en suspension) ;



## B. Cadre et objectifs de l'intervention publique dans le domaine des communications électroniques

### 1. Champ d'application *ratione materiae* et *ratione temporis* du cadre réglementaire des communications électroniques

**232. Le concept de «service de communications électroniques».** En 1996, la commune néerlandaise de Hilversum a cédé son réseau de télédistribution par câble à une entreprise privée (actuellement UPC). La commune avait prévu une clause tarifaire dans le contrat de vente restreignant la liberté de l'acquéreur d'augmenter le prix de détail du «bouquet de base». L'exploitant actuel estimait que cette clause était contraire au cadre réglementaire des communications électroniques en vigueur qui, depuis 2003, ne permet des contrôles tarifaires que sur les prix d'entreprises puissantes sur un marché réglementé. La Cour de justice de l'UE constate «qu'UPC exerce une activité consistant essentiellement à transmettre des programmes de radio et de télévision par câble à ses clients, titulaires d'un abonnement. UPC a confirmé à l'audience devant la Cour qu'elle ne produit pas elle-même lesdits programmes et qu'elle n'exerce aucune responsabilité éditoriale sur le contenu de ceux-ci. Si les clients d'UPC souscrivent un abonnement aux fins d'accéder au bouquet de base accessible par câble que cette société propose, cela n'implique pas, pour autant, que l'activité de cette dernière, qui consiste à diffuser les programmes produits par les éditeurs de contenu, en l'occurrence les chaînes de radio et de télévision, en acheminant ces programmes jusqu'au point de connexion de son réseau câblé situé au domicile de ses abonnés, doit être exclue de la notion de "service de communications électroniques" au sens de l'article 2, sous c), de la directive-cadre et, partant, du champ d'application du NCR [nouveau cadre réglementaire]» et que «[t]oute autre interprétation réduirait considérablement la portée du NCR, porterait atteinte à l'effet utile des dispositions qu'il contient et compromettrait en conséquence la réalisation des objectifs que ce cadre poursuit. En effet, la finalité même du NCR étant, ainsi qu'il ressort du considérant 5 de la directive 2009/140, d'établir un véritable marché intérieur des communications électroniques, dans le cadre duquel ces dernières doivent, à terme, être régies par le seul droit de la concurrence, l'exclusion des activités d'une entreprise telle qu'UPC de son

---

décisions de la CRC du 1<sup>er</sup> juillet 2011 concernant les analyses des marchés de la radiodiffusion télévisuelle (compétence de la CRC, indépendance et impartialité de la CRC, principe du contradictoire, respect du processus décisionnel, motivation). L'arrêt du 6 novembre 2012 a fait l'objet d'un pourvoi en cassation : Cass., 28 février 2014, *Coditel Brabant c. CRC, Belgacom et Mobistar*, R.G. n° C.13.0119.F (membre de la CRC, respect du principe d'impartialité). Voy. aussi Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 13 mai 2015, *Publifin, Brutélé, AIESH, Coditel Brabant et Belgacom c. CRC*, R.G. n°s 2011/AR/2261, 2011/AR/2263, 2011/AR/2264, 2011/AR/2265, 2011/AR/2266, 2011/AR/2375, 2011/AR/2377, 2011/AR/2423 et 2011/AR/2424 (recours en annulation – pourvoi en cassation pendant) : analyses des marchés de la radiodiffusion télévisuelle (exclusion de Belgacom du bénéfice de certains remèdes, motivation, annulation partielle) ;

- Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 4 décembre 2012, *Boone et alii c. IBPT*, R.G. n°s 2011/AR/2888 et 2011/AR/2899 : décision attribuant des droits d'utilisation de certaines fréquences à Telenet-Tecteo-Bidco (Conseil de l'IBPT, processus de décision, absence d'un membre, délégation, annulation) ;
- Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 17 avril 2013, *Telenet c. IBPT*, R.G. n° 2012/AR/273 : décision d'imposition d'une amende administrative pour non-respect de l'article 108, § 2, LCE (modifications contractuelles, information préalable des abonnés, droit de résiliation) ;
- Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2014, *Belgacom c. CRC*, R.G. n° 2011/AR/2421 : analyse des marchés 4 et 5 – Internet large bande (compétence de la CRC, motivation, annulation partielle). Suite à l'annulation de cette décision, la CRC a adopté une décision de réfection le 18 décembre 2014 (recours en annulation pendant à l'encontre de cette décision).



champ d'application, au prétexte qu'elle ne se contente pas de transmettre des signaux, priverait ce dernier de toute portée»<sup>747</sup>.

En ce qui concerne le champ d'application *ratione temporis* du cadre réglementaire, la Cour estime que « dans les domaines relevant du droit de l'Union, y compris celui des services de communications électroniques, les autorités publiques des États membres sont tenues par le principe de coopération loyale. En vertu de ce principe, elles doivent prendre toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union et s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. (...) En l'occurrence, il est constant que le contrat stipulait que les parties se concerteraient à nouveau sur son contenu après dix ans. Lors de l'audience, Hilversum a confirmé que, dans un souci de préserver pour ses habitants des tarifs qui prévalaient en vertu de la clause tarifaire contenue dans ce contrat, elle s'est, au terme dudit délai de dix ans, opposée à une adaptation de cette clause »<sup>748</sup>. Pour la Cour, Hilversum ne saurait continuer à se prévaloir de cette clause sans enfreindre le principe de coopération loyale<sup>749</sup>.

## 2. Objectifs et principes de l'intervention publique

**233. Promotion de la concurrence.** L'article 8 de la directive-cadre assigne aux États membres « l'obligation de s'assurer que les ARN prennent toutes les mesures raisonnables visant à promouvoir la concurrence dans la fourniture des services de communications électroniques, en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des télécommunications électroniques et en supprimant les derniers obstacles à la fourniture desdits services au niveau de l'Union »<sup>750</sup>.

**234. Proportionnalité.** Les articles 2, sous a), 8 et 12 de la directive « accès » doivent être interprétés en ce sens que l'ARN est habilitée à imposer à un opérateur de communications électroniques disposant d'une puissance significative sur un marché donné, l'obligation de satisfaire à toutes demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées dès lors « que cette obligation est fondée sur la nature du problème constaté, proportionnée et justifiée au regard des objectifs énoncés à l'article 8, paragraphe 1, de la directive-cadre, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier »<sup>751</sup>. Par exemple, les ARN doivent en vertu de l'article 12, paragraphe 2, sous a) à d), de la directive « accès », « lorsqu'elles examinent les obligations visées au paragraphe 1 de cet article, et en particulier lorsqu'elles évaluent si ces obligations sont proportionnées aux objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre, prendre notamment en considération la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place de ressources concurrentes, compte tenu du rythme auquel le marché évolue et de la nature et du type d'interconnexion et/ou d'accès concerné, le degré de faisabilité de la fourniture d'accès proposée afin d'apprécier la proportionnalité des obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché donné, l'investissement initial réalisé par le

<sup>747</sup> C.J.U.E., 7 novembre 2013, *UPC Nederland*, aff. C-518/11, points 42, 43 et 45.

<sup>748</sup> *Ibid.*, points 59-61.

<sup>749</sup> Voy. également L. Ibot, « Domaine du nouveau cadre réglementaire et pouvoirs des ARN », *Europe*, janvier 2014, n° 1, p. 35.

<sup>750</sup> C.J.U.E., 7 novembre 2013, *UPC Nederland*, aff. C-518/11, point 50.

<sup>751</sup> C.J.U.E., 19 juin 2014, *TDC*, aff. C-556/12, point 48.



propriétaire des ressources, en tenant compte des investissements publics réalisés et des risques inhérents à l'investissement, et la nécessité de préserver la concurrence à long terme, en apportant une attention particulière à la concurrence économiquement efficace fondée sur les infrastructures (...), lorsqu'elle envisage d'imposer à un opérateur de communications électroniques disposant d'une puissance significative sur un marché donné la réalisation de branchements particuliers afin de relier l'utilisateur final au réseau, [une ARN] doit tenir compte de l'investissement initial réalisé par l'opérateur concerné et de l'existence d'un contrôle des prix permettant de récupérer les coûts d'installation»<sup>752</sup>.

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

### 1. Principes

**235. La radiodiffusion : le critère clé de répartition.** Selon la Constitution et les lois de réformes institutionnelles, la répartition des compétences en matière de communications électroniques en Belgique était la suivante avant la sixième réforme de l'État (2014) : les Communautés sont compétentes pour la radiodiffusion (y compris la télévision)<sup>753</sup> et l'autorité fédérale est compétente de manière résiduaire pour les autres formes de communications électroniques<sup>754</sup>, aussi appelées « télécommunications ». Depuis les arrêts n°s 7/90 et 1/91 de la Cour d'arbitrage (aujourd'hui Cour constitutionnelle), les Communautés se sont vu reconnaître la compétence de régler tant le contenu que les aspects techniques de la radiodiffusion<sup>755</sup>. La définition de la radiodiffusion, critère clé de la répartition des compétences entre les Communautés et l'État fédéral, a ensuite été précisée par les arrêts n°s 132/2004 et 128/2005<sup>756</sup>. En synthétisant la jurisprudence de la Cour<sup>757</sup>, les services de radiodiffusion peuvent ainsi être définis comme des « services, transmis via des réseaux de communications électroniques, qui fournissent des informations publiques, qui sont destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et n'ont pas de caractère confidentiel, même si leur diffusion se fait sur demande individuelle et quelle que soit la technique utilisée pour celle-ci. Les services qui fournissent une information individualisée et caractérisée par une certaine forme de confidentialité, ne ressortissent par contre pas de la radiodiffusion »<sup>758</sup>. L'État fédéral reste quant à lui compétent pour la police générale des ondes, c'est-à-dire l'élaboration des normes techniques relatives à l'attribution des fréquences et à la puissance des émetteurs, ainsi que le contrôle de leur respect.

<sup>752</sup> *Ibid.*, points 50 et 54.

<sup>753</sup> Art. 127, § 1<sup>er</sup>, 1, et 130, § 1<sup>er</sup>, 1, de la Constitution ainsi que 4, 6°, LSRI et 4, § 1<sup>er</sup>, de la loi « Communauté germanophone ». Selon l'article 127, § 2, de la Constitution, c'est l'État fédéral (et donc l'IBPT) qui est, dans le cadre de sa compétence pour les matières bi-culturelles (autrement dit « non uniculturelles ») aussi compétent en matière de radiodiffusion dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale dans la mesure où les radiodiffuseurs et distributeurs ne peuvent, notamment en raison de la langue utilisée, pas être attribués à une communauté spécifique.

<sup>754</sup> Art. 35 de la Constitution.

<sup>755</sup> C.A., 25 janvier 1990, n° 7/90, 2.B.3 et C.A., 7 février 1991, n° 1/91, B.5.

<sup>756</sup> C.A., 13 juillet 2004, n° 132/2004 et C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005.

<sup>757</sup> C.A., 13 juillet 2004, n° 132/2004, B.10.1 et B.10.2 et C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.7.2.

<sup>758</sup> Groupe d'experts « télécommunications » (A. LEFEBVRE, R. QUECK, D. STEVENS et E. VAN HEESVELDE), « La répartition belge des compétences en matière de communications électroniques », 12 février 2013, proposition de loi spéciale relative à la sixième réforme de l'État, annexe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-2232/2, p. 5.



**236. Les apports de la sixième réforme de l'État.** À la suite de la sixième réforme de l'État, il nous semble important de préciser que la LSRI a été modifiée pour intégrer les précisions apportées par ces arrêts de la Cour constitutionnelle et se rapprocher de la terminologie de la directive SMA<sup>759</sup>. L'article 4, 6°, LSRI dispose désormais que les Communautés sont compétentes pour « les aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores ». Ce changement de dénomination n'entraîne cependant aucune modification quant au fond de la répartition des compétences entre les Communautés et l'État fédéral<sup>760</sup>. La modernisation de l'article 4, 6°, LSRI a seulement pour but d'adapter la dénomination du critère aux évolutions technologiques et au monde numérique moderne<sup>761</sup>, son contenu reste le même. Ainsi le contenu du concept de « services de médias audiovisuels et sonores » correspond à celui de « radiodiffusion » comme défini par la Cour constitutionnelle. La répartition des compétences est donc, *mutatis mutandis*, maintenue comme avant 2014.

## 2. Le contenu du concept de « radiodiffusion », critère clé de délimitation des compétences

**237. L'affinement du critère de répartition des compétences : l'arrêt n° 95/2013 de la Cour constitutionnelle.** Dans la lignée des arrêts n°s 132/2004 et 128/2005, un nouvel arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 juillet 2013 a encore affiné – de manière restrictive<sup>762</sup> – le critère de délimitation des compétences entre les Communautés et l'État fédéral. Deux affaires sont à l'origine de cet arrêt de la Cour constitutionnelle, l'une portée devant les juridictions bruxelloises, l'autre devant les juridictions liégeoises.

**238. La procédure devant les cours d'appel et la Cour de cassation.** Dans la première affaire<sup>763</sup>, la cour d'appel de Bruxelles devait examiner le paiement de redevances imposé par l'IBPT à ContactSat. Ces redevances étaient imposées pour l'utilisation de fréquences permettant la liaison radio entre le studio de Radio Contact (le lieu de réalisation des émissions) et son émetteur (le lieu d'où sont émis les programmes à destination des auditeurs)<sup>764</sup>. Les faits portés devant la cour d'appel de Liège étaient assez similaires. L'IBPT avait imposé à Tecteo le paiement de redevances pour l'utilisation de plusieurs réseaux de radiocommunications. L'un de ces réseaux utilisait des fréquences exclusivement assignées à l'usage de Tecteo, mais transmettait des informations qui, à un stade ultérieur, constituaient des émissions destinées à être reçues par le public<sup>765</sup>. Dans ces deux affaires, les cours d'appel de Bruxelles et Liège ont considéré que les infrastructures

<sup>759</sup> Précisons que le concept belge d'« aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores » est plus large que le concept européen de « services de médias audiovisuels », dans la mesure où il englobe les services sonores et tant les aspects de contenu que les aspects techniques.

<sup>760</sup> Proposition de loi spéciale relative à la sixième réforme de l'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012/2013, n° 5-2232/1, p. 21. Voy. aussi p. 22. Cette opinion est d'ailleurs partagée par le Conseil d'État (proposition de loi spéciale relative à la sixième réforme de l'État, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-2232/3, p. 5).

<sup>761</sup> R. DEBILLO, R. QUECK et D. STEVENS, « La répartition des compétences en matière de compétences électroniques après la sixième réforme de l'État : *statu quo* ou départ vers de nouveaux rivages ? », *R.D.I.R.*, 2014/4, p. 392.

<sup>762</sup> *Ibid.*, p. 394.

<sup>763</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 28 janvier 2010, R.G. n° 2007/AR/3055.

<sup>764</sup> D. PAQUOT, obs. sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 3 janvier 2014, *ContactSat c. Institut belge des services postaux et des télécommunications*, R.G. n° C.10.0293.F, *R.D.I.R.*, 2014/2.

<sup>765</sup> Liège (12<sup>e</sup> ch.), 11 décembre 2009, R.G. n° 2008/RG/910.



en cause constituaient un service de radiocommunication<sup>766</sup> et non un service de radiodiffusion. Elles n'ont donc pas estimé nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle pour qualifier les réseaux litigieux. En revanche, la Cour de cassation, saisie par ContactSat et Tecteo, a décidé par deux arrêts du 25 mai 2012 qu'il y avait lieu de poser une question préjudicielle pour répondre à l'un des moyens invoqués, fondé sur la méconnaissance de la notion de radiodiffusion<sup>767</sup>.

**239. La décision de la Cour constitutionnelle.** Par son arrêt du 9 juillet 2013, la Cour constitutionnelle a rappelé que «la radiodiffusion, qui comprend la télévision, peut être distinguée des autres formes de télécommunication en ce qu'un programme de radiodiffusion qui 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. En revanche, les services qui fournissent une information individualisée, caractérisée par une certaine forme de confidentialité, ne ressortissent pas à la radiodiffusion et relèvent de la compétence du législateur fédéral»<sup>768</sup>. La Cour maintient donc sa jurisprudence antérieure<sup>769</sup>. Cependant, dans les deux cas d'espèce, la Cour constitutionnelle a décomposé la transmission de l'information en deux étapes<sup>770</sup>: d'une part, la liaison entre l'éditeur de contenu et l'intermédiaire et, d'autre part, la diffusion/distribution au public réalisée par l'intermédiaire. Pour qualifier les réseaux litigieux, la Cour a pris en considération le destinataire de la première étape, à savoir l'intermédiaire et non le public. Elle en a conclu que les réseaux en cause relèvent de la compétence de l'État fédéral<sup>771</sup>.

Au final, par deux arrêts du 3 janvier 2014<sup>772</sup>, la Cour de cassation a jugé que les décisions des deux cours d'appel n'avaient pas violé l'article 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

### 3. La police générale des ondes et la coordination des fréquences

**240. La définition de la police générale des ondes.** Comme souligné *supra*, si les Communautés sont compétentes pour la radiodiffusion, y compris ses aspects techniques, l'État fédéral reste compétent pour la police générale des ondes. À cet égard, l'arrêt n° 95/2013 de la Cour

<sup>766</sup> La radiocommunication est définie comme «toute transmission au moyen d'ondes radioélectriques, d'informations de toute nature, en particulier de sons, textes, images, signes conventionnels, expressions numériques ou analogiques, signaux de commande à distance, signaux destinés au repérage ou à la détermination de la position ou du mouvement d'objets» (art. 2, 34, LCE). Le concept comprend donc toute transmission de signaux par ondes hertziennes à l'exception de la radiodiffusion. Cette dernière relève de la compétence des Communautés, alors que les radiocommunications relèvent de la compétence de l'État fédéral.

<sup>767</sup> Cass., 25 mai 2012, *ContactSat c. Institut belge des services postaux et des télécommunications*, R.G. n° C.10.0293.F.

<sup>768</sup> C. const., 9 juillet 2013, n° 95/2013, B.3.3.

<sup>769</sup> Dans un arrêt postérieur, la Cour revient encore sur le concept de «radiodiffusion» mais seulement pour préciser la différence entre «programmes de radiodiffusion linéaires» et «programmes de radiodiffusion non linéaires» (C. const., 12 février 2015, n° 18/2015, B.1.1.).

<sup>770</sup> R. DEBILIO, R. QUECK et D. STEVENS, «La répartition des compétences en matière de compétences électroniques après la sixième réforme de l'État: *statu quo* ou départ vers de nouveaux rivages?», *op. cit.*, p. 394.

<sup>771</sup> Il est intéressant de mettre cette décision de la Cour constitutionnelle en parallèle avec la décision rendue par la Cour de justice le 19 novembre 2015 en matière de droit d'auteur. La Cour de justice a considéré qu'un organisme de radiodiffusion ne se livre pas à un acte de communication au public lorsqu'il transmet ses signaux porteurs de programmes exclusivement aux distributeurs de signaux. Voy. C.J.U.E., 19 novembre 2015, *SBS Belgium NV*, aff. C-325/14.

<sup>772</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 3 janvier 2014, *Tecteo c. Institut belge des services postaux et des télécommunications*, R.G. n° C.10.0224.F; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 3 janvier 2014, *Contactsat c. Institut belge des services postaux et des télécommunications*, R.G. n° C.10.0293.F, *R.D.I.R.*, 2014/2, p. 233, note D. PAQUOT.



constitutionnelle rappelle que cette mission «inclut la compétence d'élaborer les normes techniques relatives à l'attribution des fréquences et à la puissance des émetteurs, qui doivent rester communes pour l'ensemble des communications, 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. Cette compétence inclut celle de coordonner les radiofréquences destinées à la radiodiffusion dans la mesure où leur utilisation peut entraîner des interférences avec des fréquences à d'autres fins que la radiodiffusion ou par d'autres émetteurs de radiodiffusion relevant de la compétence d'une autre communauté. Toutefois, l'exercice de cette compétence doit être réglé de façon telle qu'il ne porte pas atteinte à la compétence des Communautés auxquelles est en principe confiée la matière de la radiodiffusion»<sup>773</sup>.

**241. Le plan de fréquences de la Communauté flamande: position de la Cour constitutionnelle.** Dans un précédent arrêt n° 112/2011<sup>774</sup>, la Cour constitutionnelle s'était montrée plus précise quant à l'obligation de coordination des fréquences. L'origine de cette affaire remonte à l'adoption du plan de fréquences pour les radiodiffuseurs privés par le Gouvernement flamand en septembre 2006. La RTBF et la Communauté française ont contesté devant le Conseil d'État l'arrêté fixant le plan de fréquences. Elles reprochaient à la Communauté flamande d'avoir adopté cet arrêté de manière unilatérale, sans avoir conclu au préalable l'accord de coopération imposé par l'article 17 de la loi sur les communications électroniques. Saisie par le Conseil d'État, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 17 de la loi sur les communications électroniques, en ce qu'il impose un accord de coopération, respecte les règles de répartition des compétences. La Cour a toutefois nuancé sa décision en soulignant qu'une coordination n'est requise que pour les fréquences susceptibles de causer des interférences avec des radiofréquences utilisées à d'autres fins que la radiodiffusion ou par d'autres émetteurs de radiodiffusion relevant de la compétence d'une autre communauté. La Cour n'a toutefois pas précisé la manière d'identifier *in concreto* les fréquences susceptibles de causer de telles perturbations.

**242. Le plan de fréquences de la Communauté flamande: position du Conseil d'État.** Il revenait donc au Conseil d'État, auteur de la question préjudicielle, de concrétiser l'enseignement de la Cour constitutionnelle. Par son arrêt du 4 septembre 2012, le Conseil d'État a estimé que «l'obligation de conclure un accord de coopération, visée à l'article 17 de la loi du 13 juin 2005, porte sur la coordination de fréquences qui peuvent raisonnablement être réputées provoquer des perturbations. Par conséquent, il ne suffit pas qu'une communauté soutienne que les fréquences qu'elle a attribuées peuvent être brouillées par certaines fréquences attribuées par une autre communauté pour en déduire purement et simplement que toutes ces dernières fréquences ne peuvent être fixées qu'après la conclusion d'un accord de coopération et la mise en œuvre d'une coordination conformément à cet accord»<sup>775</sup>. Selon le Conseil d'État, des fréquences perturbatrices sont celles pour «lesquelles les deux Communautés concernées s'accordent pour dire qu'elles sont effectivement source de brouillages, éventuellement sur la base d'un examen technique commun»<sup>776</sup>. En l'absence d'un accord des Communautés, seront considérées comme

<sup>773</sup> C. const., 9 juillet 2013, n° 95/2013, B.3.2.

<sup>774</sup> C. const., 23 juin 2011, n° 112/2011.

<sup>775</sup> C.E. (5<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2012, *Radio-Télévision de la Communauté française et Communauté française c. Communauté flamande*, arrêt n° 220.509, point 22.

<sup>776</sup> *Ibid.*



perturbatrices « les fréquences pour lesquelles une communauté ou un radiodiffuseur déterminé pourra démontrer, sur la base de ses propres calculs ou mesures, ou sur la base de calculs ou de mesures effectués par des tiers, qu'elles peuvent raisonnablement être réputées provoquer des perturbations »<sup>777</sup>. En conséquence, le Conseil d'État a suspendu de manière partielle l'arrêté du 1<sup>er</sup> septembre 2006 établissant le plan de fréquences en ce qui concerne neuf fréquences.

À la suite de cet arrêt, la Communauté flamande a adopté le 21 décembre 2012 un nouvel arrêté concernant les neuf fréquences litigieuses. Selon la Communauté flamande, les nouveaux calculs de perturbation effectués ne faisaient pas apparaître de perturbations sérieuses et lui permettaient d'adopter cet arrêté de manière unilatérale. Cet acte a également fait l'objet d'une demande en suspension devant le Conseil d'État par la RTBF et la Communauté française. Par son arrêt du 26 novembre 2013<sup>778</sup>, le Conseil d'État a suspendu l'arrêté en question. Il a jugé que les nouveaux calculs ne paraissent pas autoriser la Communauté flamande à remettre unilatéralement en cause les conclusions de son précédent arrêt du 4 septembre 2012. Il a par ailleurs invité les Communautés à conclure un accord de coopération et à coordonner leurs fréquences conformément à la procédure qu'elles auront convenue dans le cadre de cet accord. À l'heure actuelle, un tel accord n'a toutefois pas encore été conclu<sup>779</sup>.

**243. Le plan de transition numérique de la Communauté flamande.** En 2012, le Conseil d'État a rendu un arrêt mettant en cause l'IBPT contre la Communauté flamande, qui s'appuie sur l'arrêt n° 112/2011 de la Cour constitutionnelle. Dans cette affaire, l'IBPT contestait le plan de fréquences numériques de la Communauté flamande pour les opérateurs de réseaux de télé et de radiodiffusion. Ce plan était nécessité par la transition numérique, due à l'extinction de l'analogique prévu en 2012 en Europe<sup>780</sup>. La haute juridiction administrative, par son arrêt n° 218.637 du 27 mars 2012<sup>781</sup>, a estimé qu'un accord de coopération, tel qu'imposé par l'article 17 de la loi sur les communications électroniques était requis en l'espèce. En effet, les fréquences litigieuses étaient à l'origine consacrées à des buts militaires et leur changement d'affectation a été décidé unilatéralement par la Communauté flamande.

**244. Les arrêtés du Gouvernement de la Communauté française fixant les caractéristiques techniques des stations de radiodiffusion.** On peut aussi relever dans la jurisprudence du Conseil d'État plusieurs décisions mettant en cause l'IBPT contre la Communauté française, qui se fondent également sur l'arrêt n° 112/2011 de la Cour constitutionnelle. Le 21 octobre 2010, la Communauté française avait adopté 14 arrêtés fixant les caractéristiques techniques d'autant de stations de radiodiffusion. Ces arrêtés ont été contestés par l'IBPT. De nouveau, le Conseil d'État a examiné *in concreto*, pour chacun des arrêtés, si la station concernée risquait de brouiller d'autres fréquences. En l'espèce, il apparaissait que sept stations étaient susceptibles de perturber l'appa-

<sup>777</sup> *Ibid.*

<sup>778</sup> C.E. (5<sup>e</sup> ch.), 26 novembre 2013, *Radio-Télévision de la Communauté française et Communauté française c. Communauté flamande*, arrêt n° 225.614.

<sup>779</sup> On peut en outre noter que l'accord de coopération du 17 novembre 2006 ne pourrait être invoqué pour une question de coordination. Il prévoit seulement une consultation mutuelle au sein du Comité interministériel (art. 9), alors qu'une coordination – et non une simple information des autres parties – est nécessaire.

<sup>780</sup> À ce sujet, voy. E. DEFREYNE, « Le dividende numérique : contexte et enjeux », *R.D.T.I.*, n° 42/2011, pp. 11 et s.

<sup>781</sup> C.E. (12<sup>e</sup> ch.), 27 mars 2012, *Institut belge des services postaux et des télécommunications c. Communauté flamande*, arrêt n° 218.637.



reillage de navigation aérienne. Pour ces sept stations, le Conseil d'État a donc annulé les arrêtés correspondants<sup>782</sup>. Pour les autres stations, le Conseil d'État a considéré qu'en l'absence de perturbation relevée par Belgocontrol, même si la coordination avait eu lieu, la fréquence autorisée par l'arrêté attaqué n'aurait pas appelé d'objection<sup>783</sup>.

#### 4. *L'obligation de coopération entre État fédéral et Communautés dans le domaine des communications électroniques*

**245. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle, l'accord de coopération du 17 novembre 2006 et la sixième réforme de l'État.** Selon la jurisprudence élaborée par la Cour constitutionnelle (alors encore Cour d'arbitrage) depuis 2004<sup>784</sup>, État fédéral et Communautés doivent collaborer pour la réglementation et la régulation en tout cas des réseaux et services de communications électroniques communs à la radiodiffusion (et à la télévision), d'une part, ainsi qu'aux télécommunications, d'autre part<sup>785</sup>. Par réseaux et services « communs », on entend toutes les infrastructures et tous les services dont l'usage peut être double, à savoir la radiodiffusion/services de médias audiovisuels et sonores, d'une part, et les télécommunications, d'autre part<sup>786</sup>.

L'accord de coopération CRC du 17 novembre 2006 prévoit la coopération en matière de réglementation et de régulation seulement concernant les réseaux de communications électroniques, mais ce sans préciser s'ils doivent être « communs » ou pas (voy. ci-dessous).

Depuis la sixième réforme de l'État, l'article 92bis, § 4sexies, de la LSRI<sup>787</sup> prend le relais de la Cour constitutionnelle et prévoit que « l'autorité fédérale et les Communautés concluent en tout cas un accord de coopération portant sur la coordination de la réglementation et de la régulation des réseaux et services de communications électroniques *communs* aux services de médias audiovisuels et sonores, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part ». Selon les travaux parlementaires de la sixième réforme de l'État, l'accord de coopération CRC « constitue l'accord prévu

<sup>782</sup> C.E. (15<sup>e</sup> ch.), 26 juin 2013, *Institut belge des services postaux et des télécommunications c. Communauté française*, arrêt n° 224.075, p. 5; C.E. (15<sup>e</sup> ch.), 6 décembre 2013, *Institut belge des services postaux et des télécommunications c. Communauté française*, arrêts n°s 225.742, 225.743, 225.744, 225.745, 225.746, 225.747.

<sup>783</sup> C.E., 28 mars 2013, *Institut belge des services postaux et des télécommunications c. Communauté flamande*, arrêt n° 223.073.

<sup>784</sup> C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004. Voy. aussi les autres arrêts cités ci-dessus.

<sup>785</sup> C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, B.6.3 et B.6.4; C.A., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.4 et B.8 à B.10. Pour une description plus précise de la portée *ratione materiae* de l'obligation de coopération telle que prévue par la Cour constitutionnelle, voy. R. DEBILLO, R. QUECK et D. STEVENS, « La répartition des compétences en matière de compétences électroniques après la sixième réforme de l'État: *statu quo* ou départ vers de nouveaux rivages? », *op. cit.*, pp. 397-398 ainsi que p. 399, note 100 pour davantage de références. Voy. aussi Groupe d'experts « télécommunications » (A. LEFEBVRE, R. QUECK, D. STEVENS et E. VAN HEESVELDE), « La répartition belge des compétences en matière de communications électroniques », *op. cit.*, pp. 27-31.

<sup>786</sup> Ainsi, les réseaux permettent aujourd'hui aussi bien la transmission de signaux de télévision que des entretiens entre individus; ainsi encore, un service d'accès à internet permet aussi bien l'accès au streaming de vidéos qu'à des courriels. La Cour constitutionnelle n'a pas exigé la vérification d'une utilisation effective pour plusieurs finalités pour pouvoir qualifier les infrastructures de communes, la simple possibilité lui suffit (C.A., 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.9.1.).

<sup>787</sup> Ce paragraphe a été inséré dans la LSRI par l'article 43, 3, de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014. L'article 55bis de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, précitée, qui régit la coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions, prévoit que l'article 92bis, § 4sexies de la LSRI « s'applique à la Communauté germanophone moyennant les adaptations nécessaires ».



par l'article 92bis proposé», même s'il conviendra le cas échéant d'élargir son champ aux services de communications électroniques communs (voy. ci-dessous)<sup>788</sup>. On constate que le champ d'application *ratione materiae* de l'obligation de coopération n'est pas le même si on considère les positions de la Cour constitutionnelle ainsi que de la LSRI, d'une part, et de l'accord de coopération effectivement conclu, d'autre part.

**246. Les décisions de l'IBPT adoptées avant l'entrée en vigueur de l'accord de coopération CRC.** Avant l'entrée en vigueur de cet accord de coopération, l'IBPT avait adopté, le 17 janvier 2007, une décision d'analyse de trois marchés pertinents du groupe «lignes louées». L'IBPT avait adopté cette décision seul, jugeant lui-même que sa décision n'affecterait pas les compétences des autres régulateurs. Saisie par Belgacom, la cour d'appel de Bruxelles a annulé cette décision par un arrêt du 15 octobre 2009 au motif que l'IBPT n'avait pas procédé à une coordination préalable avec les régulateurs communautaires. Selon la cour d'appel, pour que cette obligation existe, «il faut mais il suffit que l'IBPT s'apprête à adopter une décision relative soit à un réseau de communications électroniques, soit à un service de communications électroniques dont l'usage est commun à la radiodiffusion et à la télévision d'une part et aux télécommunications d'autre part»<sup>789</sup>, en l'occurrence les lignes louées. Cet arrêt marque une évolution par rapport à la jurisprudence de la cour dans laquelle elle s'était encore attachée au caractère «commun» du réseau en question<sup>790</sup>.

La Cour de cassation, par un arrêt du 4 mars 2013, a maintenu le raisonnement de la cour d'appel dès lors que «les compétences de l'État fédéral et des Communautés sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération»<sup>791</sup>.

**247. Après l'entrée en vigueur de l'accord CRC – Obligation de coopération et principe de l'exclusivité des compétences.** D'un point de vue constitutionnel, le principal obstacle à une coopération vraiment étroite est le principe d'exclusivité des compétences. En effet, la radiodiffusion / les aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores sont classés parmi les compétences exclusives des Communautés. Dans ce contexte, la cour d'appel de Bruxelles a été amenée à se prononcer sur l'accord de coopération du 17 novembre 2006<sup>792</sup>.

<sup>788</sup> Proposition de loi spéciale relative à la sixième réforme de l'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012/2013, n° 5-2232/1, p. 180.

<sup>789</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2009, R.G. n° 2007/AR/930, p. 7.

<sup>790</sup> Voy. la chronique précédente, *R.D.T.I.*, 2012, n°s 48-49, p. 158.

<sup>791</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 4 mars 2013, *IBPT c. Belgacom*, R.G. n° C.11.0141.F, p. 4.

<sup>792</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2289 e.a., précité, points 91-95 et Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 6 novembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2261 e.a., précité, points 106-112. La cour s'est prononcée sur le fond des affaires abordées par les arrêts en suspension des 4 septembre et 6 novembre 2012, qui concernent les analyses des marchés de radiodiffusion télévisuelle adoptées par le CRC le 1<sup>er</sup> juillet 2011, dans des arrêts au fond respectivement du 12 novembre 2014 et du 13 mai 2015. Dans ces derniers arrêts, la question de la répartition des compétences et de l'obligation de coopération n'a plus été abordée (Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 novembre 2014, R.G. n° 2011/AR/2289 e.a., précité; Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 13 mai 2015, R.G. n° 2011/AR/2261 e.a., précité). Rappelons (voy. *supra*) que l'arrêt du 6 novembre 2012 (n° 2011/AR/2261 e.a., précité) a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation qui s'est soldé par le maintien de l'arrêt de la cour d'appel (Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 28 février 2014, *Coditel Brabant c. CRC, Belgacom et Mobistar*, R.G. n° C.13.0119.F). Ce pourvoi traitait cependant seulement du respect du principe d'impartialité par un membre de la CRC et non pas du champ de l'obligation de coopération. Voy. aussi Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2014, R.G. n° 2011/AR/2421, précité (concernant les analyses des marchés de l'Internet large bande adoptées par le CRC le 1<sup>er</sup> juillet 2011). Dans le point 10 de cet arrêt, la cour se réfère simplement à sa position en matière de répartition des compétences exprimée dans l'arrêt en suspension du 4 septembre 2012 (la question n'ayant pas été traitée dans l'arrêt quant au fond du 12 novembre 2014) et déclare ne pas devoir traiter davantage la question.



La cour a confirmé que, notamment en raison de la composition de la CRC (à savoir des membres des différents régulateurs concernés) et en raison de la procédure qu'elle applique pour la prise de décision (décisions prises par consensus; reprise, à la fin du processus décisionnel collectif, par chaque autorité de l'exercice individuel de sa compétence concernant cette décision, par exemple pour adopter des mesures d'exécution), le système instauré par l'accord de coopération n'entraîne pas un échange et abandon partiel de compétences exclusives par les parties contractantes. Par conséquent, «une décision de la CRC constitue en réalité une décision prise par les différentes autorités de régulation agissant ensemble, mais sans immixtion par l'une dans l'exercice de la compétence de l'autre»<sup>793</sup>. Ainsi «eu égard au cadre normatif fixé par l'article 92bis, § 1, de la LSRI [inchangée en 2014 et constituant une des bases juridiques de l'accord de coopération CRC – nous ajoutons] (...) la CRC pouvait être instaurée comme organisme commun en vue de l'exercice concerté et concomitant des compétences propres à l'État fédéral et aux Communautés»<sup>794</sup>.

**248. Après l'entrée en vigueur de l'accord CRC – Facteur déclencheur et champ de l'obligation de coopération.** Dans un arrêt interlocutoire du 16 mai 2012 relatif à la décision de l'IBPT du 29 juin 2010 concernant l'analyse du marché de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels<sup>795</sup> – que l'IBPT avait adoptée sans consultation préalable du VRM, du CSA et du Medienrat, la cour d'appel de Bruxelles se prononce sur la mise en œuvre de l'accord de coopération CRC. Dans la prolongation de son approche antérieure, la cour trouve d'abord que «l'obligation de coopération est systématique, chaque fois qu'il s'agit d'une décision relative à un réseau de communications électroniques, et n'est pas limitée aux hypothèses où un régulateur empiète effectivement sur les compétences des autres. La convergence des secteurs est telle que les normes réglementaires doivent nécessairement être adoptées en coopération entre les différents régulateurs et législateurs»<sup>796</sup>. Selon la cour, l'obligation de coopération issue de l'article 3 de l'accord de coopération CRC n'est subordonnée «à aucune condition de chevauchement effectif de compétences, ni de risque concret de contradiction entre différentes réglementations»<sup>797</sup>.

Ce faisant, la cour d'appel de Bruxelles confirme que l'accord de coopération CRC couvre l'ensemble des réseaux de communications électroniques et non uniquement les *réseaux «communs»*<sup>798</sup>.

De plus, la cour d'appel a jugé que, même si la décision de l'IBPT concernait la tarification des services de terminaison d'appels vocaux, pareille question entre dans le champ d'application de l'accord de coopération (alors même que ce dernier ne mentionne pas explicitement les services). En effet, «la véritable question était de savoir si la décision attaquée concernait ou non un réseau de communications électroniques. Les réseaux de téléphonie mobile sont des réseaux de communications électroniques au sens de l'Accord de coopération. Une décision qui fixe une tarification de l'usage d'un tel réseau, en l'espèce pour [le service de – nous ajoutons] la terminaison

<sup>793</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 6 novembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2261, e.a., précité, point 112. Voy. aussi Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2289, e.a., précité, point 95.

<sup>794</sup> *Ibid.*

<sup>795</sup> Disponible sous [www.ibpt.be/fr/operators/telecom/marches/telephonie-mobile/analyse-de-marche-terminaison-mobile-2010](http://www.ibpt.be/fr/operators/telecom/marches/telephonie-mobile/analyse-de-marche-terminaison-mobile-2010).

<sup>796</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2012, R.G. n° 2010/AR/2003, e.a., précité, point 36.

<sup>797</sup> *Ibid.*

<sup>798</sup> *Ibid.*, points 35-36 et en particulier l'avant-dernier paragraphe du point 36.



des appels vocaux, tombe dès lors dans le champ d'application de l'Accord de coopération »<sup>799</sup>. Il s'agit là d'une interprétation large qui peut avoir pour conséquence d'inclure de fait les services de communications électroniques dans le champ de l'accord de coopération de novembre 2006, vu qu'on ne peut pas concevoir un service de communications électroniques sans le réseau au moyen duquel il est mis en œuvre. Cette interprétation rencontre en quelque sorte le souhait des travaux préparatoires de la sixième réforme de l'État qui prévoient qu'«il conviendra d'élargir le champ d'application *ratione materiae* de cet Accord de coopération du 17 novembre 2006, à tout le moins aux services de communications électroniques communs le jour où l'évolution des services de communications électroniques communs l'impose»<sup>800</sup>. En ce qui concerne la question de savoir si un service doit être «commun» pour déclencher l'obligation de coopération, la cour d'appel note d'ailleurs que «l'on ne peut de toute façon pas exclure en l'espèce que les compétences des Communautés soient affectées par la décision attaquée. La thèse de l'IBPT selon laquelle sa décision n'avait rien à voir avec la radiodiffusion ou la télévision est inexacte en fait»<sup>801</sup>. La cour considère qu'en effet la tarification des services de terminaison est «de nature à avoir un effet induit sur le prix pratiqué par les opérateurs pour d'autres services, dont certains – tels le transfert de données à usage multimédia – peuvent relever des Communautés»<sup>802</sup>. Même si le service envisagé n'est donc pas un service «commun» au sens strict du terme, il n'est pas à exclure qu'il ait des conséquences au-delà de la sphère de compétence de la communauté et cela suffit selon la cour d'appel.

Par son arrêt définitif du 24 septembre 2014, la cour d'appel confirme sa position adoptée en mai 2016 en matière de l'obligation de coopération et selon laquelle l'IBPT aurait dû adopter la décision seulement après «avoir consulté au préalable les régulateurs de l'audiovisuel»<sup>803</sup>. La décision attaquée de l'IBPT est par conséquent annulée mais la Cour a maintenu ses effets temporairement jusqu'au 30 juin 2015<sup>804</sup>.

<sup>799</sup> *Ibid.*, point 37.

<sup>800</sup> Proposition de loi spéciale relative à la sixième réforme de l'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012/2013, n° 5-2232/1, p. 180.

<sup>801</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2012, R.G. n° 2010/AR/2003, e.a., précité, point 38.

<sup>802</sup> *Ibid.*

<sup>803</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 24 septembre 2014, R.G. n° 2010/AR/2003, e.a., précité, points 2 et 10.

<sup>804</sup> *Ibid.*, point 12. Rappelons dans ce contexte que dans l'arrêt du 16 mai 2016 (Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2012, R.G. n° 2010/AR/2003, e.a., précité, points 113-117), la cour d'appel a aussi abordé la question de l'impossibilité pour elle de maintenir temporairement certains effets des décisions de l'IBPT qu'elle a annulées alors que cela contribuerait à la sécurité juridique mais n'est pas prévu par la loi «IBPT-recours». Elle a posé une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle concernant la constitutionnalité de cette situation. Dans son arrêt du 30 mai 2013, la Cour constitutionnelle considère que les articles 2 et 3 de la loi «IBPT-recours» qui ne prévoient pas pour la cour d'appel de Bruxelles la possibilité d'un maintien temporaire des effets de dispositions annulées, ne violent pas la Constitution (C. const., 30 mai 2013, n° 73/2013, B.12 et dispositif). Elle semble cependant laisser suffisamment de marge à la cour d'appel de procéder comme elle l'a finalement fait, sur la base des impératifs de sécurité juridique (C. const., 30 mai 2013, n° 73/2013, B.6.3 et B.11 et Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 24 septembre 2014, R.G. n° 2010/AR/2003, e.a., précité, points 11-12). Le 6 mai 2015, le Conseil de l'IBPT a pris une décision portant réfection de sa décision du 29 juin 2010. Cette décision de réfection, rétroactive, a été soumise à la coopération avec les régulateurs communautaires du secteur de l'audiovisuel. Elle est disponible sous [www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/telephonie-mobile](http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/telephonie-mobile) (analyse de marché terminaison mobile (2010)).



## D. Aspects institutionnels

### 1. Concept et statut des autorités réglementaires nationales (ARN)

**249. Le concept d'autorité réglementaire nationale.** Dans le cadre d'un litige opposant UPC Nederland BV à la commune d'Hilversum concernant les conséquences d'un contrat relatif à la vente par Hilversum de l'entreprise de télédistribution par câble qu'elle détenait, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que «selon l'article 3 de la directive-cadre, les États membres doivent, notamment, veiller à ce que les tâches assignées aux ARN soient accomplies par des organismes compétents et indépendants»<sup>805</sup>. Or la Cour constate que la commune d'Hilversum n'est pas une autorité réglementaire nationale<sup>806</sup>. Par conséquent, la Cour conclut «qu'Hilversum n'est, en principe, pas compétente pour intervenir directement dans les tarifs qui sont appliqués au consommateur final pour les services relevant du NCR. (...) En tout état de cause, Hilversum peut demander à l'ARN, en l'occurrence l'OPTA, d'adopter des mesures adéquates»<sup>807</sup>.

**250. Indépendance et impartialité des ARN et de leurs membres.** En février 2014, la Cour de cassation s'est prononcée sur un pourvoi de Coditel Brabant contre l'arrêt rendu le 6 novembre 2012 par la cour d'appel de Bruxelles<sup>808</sup> concernant le respect du principe d'impartialité par la Conférence des Régulateurs pour le secteur des Communications électroniques (CRC) dans la prise de décisions du 1<sup>er</sup> juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle respectivement sur les territoires de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, de la région de langue française, de la région de langue néerlandaise et de la région de langue allemande.

Il était reproché à la CRC que lors de la prise des décisions en cause, sa composition n'aurait pas satisfait au principe d'impartialité applicable aux autorités administratives en raison du fait qu'un de ses membres était également juriste au sein de sociétés de gestion de droits d'auteurs et droits voisins agréées qui étaient en litige avec deux des opérateurs concernés ce qui aurait engendré des doutes légitimes sur l'aptitude du membre de la CRC en question de fonctionner de manière impartiale. La cour de cassation concluait au rejet du pourvoi. Selon elle, l'arrêt entrepris «considère que (...) la question de savoir si le doute sur l'aptitude de la [CRC] à fonctionner de manière impartiale est objectivement justifié est déterminante (...) [et qu'] il n'y a *prima facie* pas d'indice qui puisse objectivement justifier la conviction de partialité ou créer une apparence de partialité»<sup>809</sup>. Par conséquent, l'arrêt entrepris n'exige pas que la demanderesse en cassation, Coditel Brabant, rapporte la preuve d'un manque d'impartialité de la CRC ni celle du fait que le membre de la CRC concerné a pu influencer de manière partielle les décisions attaquées, mais qu'il considère que les circonstances de fait alléguées ne constituent pas de prime abord des indices de

<sup>805</sup> C.J.U.E., 7 novembre 2013, *UPC Nederland*, aff. C-518/11, point 52.

<sup>806</sup> En effet, même si la commune d'Hilversum intervenait dans les faits en matière de fixation des tarifs et entendait donc assurer des tâches qui sont des tâches de régulation assignées par les directives du cadre réglementaire européen des communications électroniques aux ARN, elle n'a pas été déterminée par les Pays-Bas comme ARN (voy. directive «cadre», considérant 37) et, notamment, «le Royaume des Pays-Bas n'a pas notifié à la Commission une quelconque décision ou intention de désigner cette commune comme ARN, cet État membre ayant au contraire désigné l'OPTA» (C.J.U.E., 7 novembre 2013, *UPC Nederland*, aff. C-518/11, point 53).

<sup>807</sup> *Ibid.*, points 53 et 54.

<sup>808</sup> Respectivement, Cass., 28 février 2014, *Coditel Brabant c. CRC, Belgacom et Mobistar*, R.G. n° C.13.0119.F et Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 6 novembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2261, e.a., précité, points 120-126.

<sup>809</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 28 février 2014, *Coditel Brabant c. CRC, Belgacom et Mobistar*, R.G. n° C.13.0119.F, p. 14.



l'existence d'une apparence de partialité. Et la Cour de cassation poursuit qu'en « énonçant les éléments sur lesquels il se fonde, l'arrêt, qui n'est pas tenu de donner les motifs de ses motifs, permet à la Cour d'exercer son contrôle de légalité »<sup>810</sup>. L'arrêt quant au fond de la cour d'appel de Bruxelles du 13 mai 2015 qui fait suite à l'arrêt interlocutoire du 6 novembre 2012 confirme que le moyen tiré de la partialité doit être rejeté<sup>811</sup>.

**251. Recours contre les décisions de l'IBPT et de la CRC et pouvoir de pleine juridiction de la cour d'appel de Bruxelles.** Les décisions de l'IBPT et de la CRC peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles (voy. *supra*). La cour a utilisé ce pouvoir de manière très prudente<sup>812</sup>. Cependant, en 2014 (et en 2015), dans le cadre des procédures dirigées contre des décisions de la CRC concernant les analyses des marchés de la radiodiffusion télévisuelle, la cour a annulé dans les arrêts définitifs les points des décisions incriminées par Belgacom<sup>813</sup> qui l'excluaient du bénéfice des obligations d'accès à la plateforme de télévision numérique et d'accès à une offre de revente de l'offre d'internet large bande et a dit en plus qu'il n'y a pas de raisons d'imposer à la CRC de décider à nouveau sur ces deux points. Vu que, par conséquent, Belgacom profite des formes d'accès décrits ci-dessus et ce, en raison du seul arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, on peut considérer l'arrêt comme un exercice (indirect) du pouvoir de réformation par la cour<sup>814</sup>.

<sup>810</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>811</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 13 mai 2015, R.G. n° 2011/AR/2261, e.a., précité, points 82-92. Voy. aussi Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2289, e.a., précité, points 83-85 et Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 novembre 2014, R.G. n° 2011/AR/2289, e.a., précité, points 48-56.

<sup>812</sup> Voy. les chroniques précédentes, *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 158-159 et *R.D.T.I.*, 2012, n°s 48-49, pp. 165-167.

<sup>813</sup> Respectivement les analyses des marchés de la radiodiffusion télévisuelle dans la Région de langue néerlandaise et dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale (Bruxelles, 12 novembre 2014, R.G. n° 2011/AR/2289, e.a., précité) et les analyses des marchés dans la Région de langue française et dans la Région de langue allemande (Bruxelles, 13 mai 2015, R.G. n° 2011/AR/2261, e.a., précité).

<sup>814</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 12 novembre 2014, R.G. n° 2011/AR/2289, e.a., précité, points 219-220; voy. aussi point 186. Dans le même sens, Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 13 mai 2015, R.G. n° 2011/AR/2261, e.a., précité, points 260-261; voy. aussi point 226. Notons que la question de la pleine juridiction a aussi été abordée par la cour d'appel dans son arrêt interlocutoire du 6 novembre 2012, qui précédait l'arrêt du 13 mai 2015, quand elle traite du grief que la CRC aurait adopté les décisions entreprises dans une composition qui ne respecte pas le principe d'impartialité. La cour a alors trouvé que même si les décisions de la CRC devraient être annulées en raison de la violation du principe d'impartialité, « la cour serait à même, en vertu de sa pleine juridiction conférée par l'article 5, alinéa 3, de l'accord de coopération, de réparer ce vice en substituant sa propre décision à celles de la CRC. Il s'ensuit que la CRC ne serait pas amenée à devoir prendre de nouvelles décisions » (Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 6 novembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2261, e.a., précité, point 126). Dans son arrêt du 4 septembre, qui précédait l'arrêt du 12 novembre 2014, la cour s'est prononcée dans le même sens, mais a précisé qu'elle peut réparer le problème par une « *beslissing met eenzelfde inhoud* » (Bruxelles (18<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2012, R.G. n° 2011/AR/2289, e.a., précité, point 85). L'arrêt du 6 novembre 2012 a fait l'objet d'un pourvoi en cassation quant à la question du respect du principe de l'impartialité. Dans son arrêt du 28 février 2014, la Cour de cassation ne s'est alors cependant pas prononcée sur la question de la portée du pouvoir de pleine juridiction traitée dans la seconde branche du premier moyen, vu que les considérations de la première branche du moyen étaient considérées comme suffisantes pour soutenir l'arrêt de la cour d'appel (Cass., 28 février 2014, *Coditel Brabant c. CRC, Belgacom et Mobistar*, R.G. n° C.13.0119.F, présentation du moyen, pp. 12-13 et dispositif, p. 15).



## 2. *Compétences des ARN face aux entreprises qui revendent un service de transmission sans assurer elles-mêmes cette transmission*

### 252. **Pouvoirs des ARN face aux revendeurs de services de communications électroniques.**

Dans l'affaire *UPC DTH*<sup>815</sup>, la question se posait de savoir si une entreprise enregistrée au Luxembourg pour la transmission par satellite de bouquets de programmes de télévision pour réception directe hors de cet État membre doit également se faire enregistrer comme fournisseur de services de communications électroniques dans les États membres où le signal satellite est reçu (alors qu'elle n'assure pas elle-même la transmission des signaux mais revend ce service) et si sa surveillance incombe aux ARN de ces États? Selon la Cour, même si les ARN ne sont pas compétentes en ce qui concerne le service de télévision à péage, les ARN du pays de réception sont compétentes pour superviser la prestation du service sous-jacent de diffusion de programmes de radio ou de télévision. En effet, « compte tenu de son caractère accessoire, un système d'accès conditionnel peut être attaché à un service de communications électroniques ayant pour objet la diffusion de programmes de radio ou de télévision, sans que pour autant ce dernier perde la qualité de service de communications électroniques »<sup>816</sup>. Or, UPC doit, selon la Cour, être considéré comme fournisseur d'un service de communications électroniques même si elle ne transmet pas elle-même les signaux et fait appel à cette fin aux services et dispositifs appartenant à des tiers. Selon la Cour, « la circonstance que la transmission du signal a lieu par le truchement d'une infrastructure qui n'appartient pas à UPC est sans pertinence pour la qualification de la nature du service. En effet, seul importe à cet égard le fait qu'UPC est responsable envers les utilisateurs finals de la transmission du signal qui garantit à ces derniers la fourniture du service auquel ils se sont abonnés »<sup>817</sup>.

**253. Compétence territoriale des ARN.** La Cour ajoute que « la directive-cadre et la directive "service universel" ne prévoient pas une harmonisation complète des aspects relatifs à la protection des consommateurs ». Or « en vertu de l'article 11, paragraphe 1, sous b), de la directive "autorisation", lu en combinaison avec le point 8 de la partie A de l'annexe de celle-ci, les autorités nationales peuvent demander aux entreprises les informations qui sont raisonnablement nécessaires et objectivement justifiées pour leur permettre de vérifier le respect des conditions relatives à la protection des consommateurs, lorsqu'elles reçoivent une plainte ou qu'elles mènent une enquête de leur propre initiative »<sup>818</sup>. Dans le cas en cause, l'autorisation avait été accordée par l'ARN luxembourgeoise, ce qui semblait exclure la possibilité pour le régulateur hongrois de vérifier le respect des clauses de celle-ci. Mais la Cour souligne « que, en l'état actuel du droit de l'Union, la directive "autorisation" ne prévoit aucune obligation pour les autorités nationales compétentes quant à la reconnaissance de décisions d'autorisation prises dans l'État à partir duquel des services concernés sont fournis » et que par « conséquent, l'État membre sur le territoire duquel résident les destinataires des services de communications électroniques peut subor-

<sup>815</sup> C.J.U.E., 30 avril 2014, *UPC DTH*, aff. C-475/12.

<sup>816</sup> *Ibid.*, point 52.

<sup>817</sup> *Ibid.*, points 42 et 43.

<sup>818</sup> *Ibid.*, points 69 et 85.



donner la prestation de ces services à certaines conditions, conformément aux dispositions de ladite directive »<sup>819</sup> 820.

### 3. Procédure de la « consultation européenne » de l'article 7 de la directive « cadre »

#### 254. Pouvoirs de l'ARN dans le cadre de la procédure de « consultation européenne »<sup>821</sup>.

Avec la procédure de consultation européenne en vue d'une consolidation du marché intérieur des communications électroniques prévue à l'article 7 (et 7bis) de la directive « cadre », « le législateur de l'Union a voulu attribuer un rôle central aux ARN pour atteindre les objectifs visés par la directive "cadre", comme l'attestent le recours à l'instrument juridique de la directive, dont les États membres sont les seuls destinataires, la structure de celle-ci et les compétences précises attribuées aux ARN. À cet égard, l'article 7 de la directive "cadre" [modifié par la directive 2009/140 mais inchangé sur ce point] décrit la participation de la Commission et des ARN à la procédure de consolidation du marché intérieur des communications électroniques et vise, conformément au considérant 15 de ladite directive, à "garantir que les décisions prises au niveau national n'aient pas d'effet néfaste sur le marché unique ou sur d'autres objectifs du traité"<sup>822</sup> et, dans le contexte de cet arrêt, à l'objectif d'une « concurrence non faussée » qui figurait dans le traité CE, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009. Compte tenu de cette obligation reposant sur les ARN, la Commission n'est *a fortiori* pas liée par l'appréciation des ARN sur l'éventuelle orientation aux coûts de tarifs d'opérateurs puissants régulés par ces ARN dans l'application des règles de concurrence. Autrement dit, en raison de cette obligation pesant sur les ARN, la confiance légitime qu'une entreprise en position dominante peut placer dans les décisions d'une ARN n'est pas digne de protection. L'arrêt *Telefónica* s'inscrit ainsi dans la lignée du raisonnement de la Cour dans son arrêt du 14 octobre 2010 dans l'affaire *Deutsche Telekom*<sup>823</sup>, à savoir que le fait que l'ARN ait commis une erreur d'appréciation concernant l'existence d'un abus par compression de marges

<sup>819</sup> *Ibid.*, points 86 et 87.

<sup>820</sup> Dans ses conclusions du 30 janvier 2014 en cette affaire, l'avocate générale M<sup>me</sup> Juliane Kokott précise qu'un tel contrôle n'enfreindrait pas la liberté de prestation de services garantie par l'article 56 TFUE, étant « donné qu'il ne semble pas exister de contrôles comparables dans l'État d'origine, cette compétence peut, dans le cadre de la marge d'appréciation dont dispose l'État membre destinataire, être considérée comme étant nécessaire. Et l'on ne saurait non plus considérer que l'apport qu'elle représente est disproportionné par rapport aux inconvénients qui lui sont liés » (point 74).

<sup>821</sup> Au cours de la période concernée, la Cour de justice a abordé l'article 7 dans un seul arrêt (C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej c. Commission et République de Pologne c. Commission*, aff. jointes C-422/11 P et C-423/11 P) qui ne concernait pas la substance de la procédure, mais l'interprétation donnée par la Cour de justice à l'article 113 du règlement de procédure du Tribunal de première instance. Cet arrêt est remarquable surtout par son traditionalisme. La Cour réaffirme en effet sa jurisprudence précédente réservant aux seuls avocats non liés par un contrat de travail la capacité de signer des requêtes en annulation auprès du Tribunal. La Pologne avait fait valoir que des mesures matérielles et formelles moins restrictives existent, permettant ainsi d'atteindre le même objectif d'indépendance du représentant de la partie à une procédure devant les juridictions de l'Union, sans qu'il soit nécessaire d'exclure dans son ensemble la catégorie professionnelle des conseils juridiques exerçant leur profession en vertu d'un contrat de travail. Mais la Cour rejette l'argument au motif que « en tout état de cause, il n'apparaît pas que les mesures matérielles et formelles auxquelles se réfèrent les requérants permettent de garantir l'indépendance de l'avocat autant que le fait l'absence de tout rapport d'emploi entre ce dernier et son client » (point 44) faisant écho à la jurisprudence précédente selon laquelle la notion d'indépendance de l'avocat est définie non seulement de manière positive, à savoir par une référence à la discipline professionnelle, mais également de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi.

<sup>822</sup> T.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, aff. T-336/07, point 292.

<sup>823</sup> T.U.E., 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c. Commission*, aff. T-271/03.



ne savait faire échapper Deutsche Telekom à sa responsabilité ni la protéger d'une sanction prise par la Commission en vertu des règles de concurrence, puisque la Commission n'est pas tenue par les décisions du régulateur.

## E. L'entrée sur le marché

### 1. L'autorisation générale

**255. Absence de reconnaissance mutuelle des autorisations générales.** Dans son arrêt dans l'affaire *UPC DTH*, la Cour rappelle « que, en l'état actuel du droit de l'Union, la directive "autorisation" ne prévoit aucune obligation pour les autorités nationales compétentes quant à la reconnaissance de décisions d'autorisation prises dans l'État à partir duquel des services concernés sont fournis »<sup>824</sup>. Si l'utilisation du terme « décisions d'autorisation » dans un régime d'autorisation générale paraît pour le moins étonnant, force est de constater que la Cour rappelle que la directive « autorisation » n'instaure pas un système de reconnaissance mutuelle des autorisations nationales dans l'Union.

### 2. Les taxes administratives et les redevances dont peut être redevable un fournisseur de communications électroniques

**256. Principe de la liberté de fournir.** Outre les impôts applicables à tous les agents économiques, tels l'impôt sur les sociétés ou la taxe sur la valeur ajoutée, les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques supportent un ensemble de charges financières et fiscales spécifiques à ce secteur dans plusieurs pays. Toutefois, « [l]e cadre juridique garantissant la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, établi par la directive "autorisation", serait privé d'effet utile si les États membres étaient libres de déterminer les charges fiscales que doivent supporter les entreprises du secteur »<sup>825</sup>.

**257. Les taxes administratives (art. 12 de la directive « autorisation »).** En ce qui concerne les contributions financières qui peuvent être imposées aux entreprises fournissant un réseau ou un service de communications électroniques dans le cadre de l'autorisation générale ou auxquelles un droit d'utilisation de radiofréquences ou de numéros a été octroyé, la Cour de justice note que « les taxes administratives visées à l'article 12 de la directive "autorisation" ont un caractère rémunérateur, puisque, d'une part, elles ne peuvent être imposées que pour les services administratifs accomplis par les autorités réglementaires nationales en faveur des opérateurs de communications électroniques au titre, notamment, de l'autorisation générale ou de l'octroi d'un droit d'utilisation des radiofréquences ou des numéros et, d'autre part, elles doivent couvrir les coûts administratifs occasionnés par lesdits services »<sup>826</sup>. Ces taxes administratives ne peuvent couvrir que les frais afférents aux activités visées par le même article sous a), lesquels ne sauraient inclure des dépenses relatives à d'autres tâches<sup>827</sup>. Ces taxes ne sont pas destinées à couvrir les coûts

<sup>824</sup> C.J.U.E., 30 avril 2014, *UPC DTH*, précité, point 86.

<sup>825</sup> C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Vodafone Omnitel e.a.*, aff. jointes C-228/12 à C-232/12 et C-254/12 à C-258/12, point 36, ainsi que, par analogie, les arrêts C.J.C.E., 18 septembre 2003, *Albacom* et *Infostrada*, aff. C-292/01 et C-293/01, point 38, ainsi que C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Telefónica de España*, aff. C-288/10, point 19.

<sup>826</sup> C.J.U.E., 27 juin 2013, *Vodafone Malta et Mobisile Communications*, aff. C-71/12, point 22.

<sup>827</sup> Voy., par analogie, C.J.C.E., 19 septembre 2006, *i-21 Germany* et *Arcor*, aff. C-392/04 et C-422/04, points 29, 32, 34 et 35, ainsi que C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Telefónica de España*, aff. C-284/10, point 23.



administratifs de toute nature supportés par l'ARN, mais doivent couvrir les coûts administratifs réels des activités visées et s'équilibrer avec ces coûts. Ainsi, l'ensemble des recettes obtenues par les États membres au titre de la taxe en cause ne saurait excéder l'ensemble des coûts afférents à ces activités<sup>828</sup>.

Toutefois, une taxe liée à l'activité de l'opérateur consistant à fournir des services de communications électroniques aux usagers finals<sup>829</sup>, ne relève pas du champ d'application de l'article 12 de la directive « autorisation ». En effet, « il ne peut se déduire des termes "au titre de l'autorisation générale" que l'article 12 de la directive "autorisation" vise un autre fait générateur de la taxe administrative que celui lié à la procédure d'autorisation générale ou d'octroi d'un droit d'utilisation des radiofréquences ou des numéros. D'autre part, il ne ressort pas non plus du libellé dudit article que la délivrance d'une autorisation générale ou l'octroi d'un droit d'utilisation des radiofréquences ou des numéros et l'exercice de l'activité de communications électroniques constitueraient ensemble le fait générateur de la taxe administrative »<sup>830</sup>.

De même, une taxe dont le fait générateur n'est pas lié à la procédure d'autorisation générale permettant d'accéder au marché des services de communications électroniques<sup>831</sup>, mais est lié à l'utilisation des services de téléphonie mobile fournis par les opérateurs, et qui est supportée en définitive par l'utilisateur de ceux-ci ne relève pas du champ d'application de l'article 12 de la directive « autorisation »<sup>832</sup>.

Ne relève pas non plus de ce champ les taxes sur l'utilisation privée de téléphonie mobile. En effet, « l'utilisation privée d'un service de téléphonie mobile par un abonné ne suppose pas la fourniture d'un réseau ou d'un service de communications électroniques, au sens de la directive "autorisation" »<sup>833</sup>.

**258. Les redevances pour les droits d'utilisation et les droits de mettre en place des ressources (art. 13 de la directive « autorisation »).** L'article 13 de la directive « autorisation » permet de soumettre à une redevance les droits de mettre en place des ressources sur ou sous des biens publics ou privés, afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources. L'article 13 a un effet direct, de sorte qu'il confère aux particuliers le droit de s'en prévaloir directement devant une juridiction nationale pour contester l'application d'une décision de l'autorité publique incompatible avec cet article<sup>834</sup>.

<sup>828</sup> C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Vodafone Omnitel e.a.*, aff. C-228/12 à C-232/12 et C-254/12 à C-258/12, points 39 à 41 et C.J.U.E., 17 octobre 2013, *Sky Italia*, aff. C-376/12, points 33 à 35.

<sup>829</sup> Voy. D. SIMON, « Redevances de téléphonie mobile. Un arrêt préjudiciel et un arrêt de manquement rendus le même jour valident les taxes maltaises et françaises sur les services de téléphonie mobile », *Europe*, 2013, n°s 8-9, p. 34; J.-S. PILCZER, « Les taxes sur les opérateurs de communications électroniques : la définition du champ d'application de l'article 12 et le maintien de l'effet utile de la directive "autorisation" », *Cahiers de droit européen*, 2013, pp. 671-702.

<sup>830</sup> C.J.U.E., 27 juin 2013, *Commission c. France*, aff. C-485/11, point 32.

<sup>831</sup> *Ibid.*, point 30.

<sup>832</sup> C.J.U.E., 27 juin 2013, *Vodafone Malta et Mobisle Communications*, aff. C-71/12, point 25.

<sup>833</sup> C.J.U.E. (ordonnance), 12 décembre 2013, *Umbra Packaging*, aff. C-355/13, point 18. Voy. également ordonnance du 15 décembre 2010, *Agricola Esposito*, aff. C-492/09, point 34.

<sup>834</sup> C.J.U.E., 12 juillet 2012, *Vodafone España SA c. Ayuntamiento de Santa Amalia et Ayuntamiento de Tudela*, aff. jointes C-55/11, C-57/11 et C-58/11, point 38.



Mais l'article 13 ne précise ni «la notion de mise en place de ressources sur ou sous des biens publics ou privés ni le débiteur de la redevance relative aux droits afférents à cette mise en place»<sup>835</sup>. Toutefois, «il résulte de l'article 11, paragraphe 1, premier tiret, de la directive-cadre que les droits pour permettre la mise en place de ressources sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques ou privées sont octroyés à l'entreprise autorisée à fournir des réseaux de communications publics, c'est-à-dire à celle qui est habilitée à mettre en place les ressources nécessaires sur le sol, dans le sous-sol ou dans l'espace situé au-dessus du sol» tandis que «les termes "ressources" et "mise en place" renvoient (...) aux infrastructures matérielles permettant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques (...). Il s'ensuit que seul peut être débiteur de la redevance pour les droits de mettre en place des ressources, visée à l'article 13 de la directive "autorisation", le titulaire desdits droits, qui est également le propriétaire des ressources installées sur ou sous les biens publics ou privés concernés»<sup>836</sup>. Les États membres ne peuvent «exiger des opérateurs de téléphonie mobile le paiement d'une redevance pour l'utilisation qu'ils font de ressources mises en place sur des biens publics et appartenant à une autre entreprise, parce qu'une telle redevance n'est pas perçue en contrepartie de "droits de passage"»<sup>837</sup>.

La perception des taxes sur de telles ressources mises en place sur des biens publics et appartenant à une autre entreprise peut-elle, *a contrario*, être admise si elle se fait à un titre autre que celui de «redevances sur les droits de mettre en place des ressources sur ou sous des biens publics ou privés», par exemple au titre de la cession des droits de mise en place de ressources? Tant que le fait générateur de la taxe reste lié à l'utilisation des ressources sur ou sous des biens publics ou privés visées à l'article 13 de la directive «autorisation», de telles taxes ne sont pas permises par le droit de l'Union. En effet, «dans le cadre de la directive "autorisation", les États membres ne peuvent percevoir d'autres taxes ou redevances sur la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques que celles prévues par cette directive». Or il se déduit «de l'arrêt *Vodafone España et France Telecom España*, précité, que le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une taxe, (...) imposée au titre de l'utilisation et de l'exploitation des ressources mises en place sur ou sous des biens publics ou privés (...) aux opérateurs fournissant des services de communications électroniques qui ne sont pas propriétaires desdites ressources»<sup>838</sup>.

Par un autre arrêt, la Cour européenne précise que «cependant, l'article 13 de la directive "autorisation" ne vise pas toutes les redevances auxquelles sont soumises les infrastructures permettant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques»<sup>839</sup>. Lorsque le fait générateur de la taxe n'est pas lié à l'octroi des droits d'utilisation des radiofréquences ou des droits de

<sup>835</sup> *Ibid.*, point 31.

<sup>836</sup> *Ibid.*, points 32 à 34. Voy. par analogie C.J.U.E., 10 mars 2011, *Telefónica Móviles España*, aff. C-85/10, point 21 et C.J.U.E., 12 juillet 2012, *Vodafone España et France Telecom España*, aff. C-55/11, C-57/11 et C-58/11, point 28. Voy. aussi F. GAZIN, «Directive 2002/20/CE sur l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques», *Europe*, 2012, n° 10, p. 37.

<sup>837</sup> Conclusions de l'avocate général M<sup>me</sup> Eleanor Sharpston du 22 mars 2012 sous *Vodafone España et France Telecom España*, aff. jointes C-55/11, C-57/11 et C-58/11, point 71.

<sup>838</sup> C.J.U.E., ordonnance du 30 janvier 2014, *France Telecom España*, aff. C-25/13, points 30-31.

<sup>839</sup> C.J.U.E., 4 septembre 2014, *Belgacom et Mobistar*, aff. C-256/13, point 34.



mettre en place des ressources, cette taxe ne constitue pas une redevance, au sens de cet article, et, par conséquent, elle ne relève pas du champ d'application de la directive « autorisation »<sup>840 841</sup>.

En ce qui concerne les redevances pour les droits d'utilisation des radiofréquences, « l'article 13 de la directive "autorisation" ne détermine expressément ni la forme que doit prendre une telle redevance imposée pour l'utilisation des radiofréquences, ni la fréquence de son imposition », ni le but dans lequel de telles redevances sont perçues<sup>842</sup>. « Les articles 12 et 13 de la directive "autorisation" ne s'opposent donc pas à une législation nationale, (...) qui prévoit l'imposition d'une redevance visant à favoriser l'utilisation optimale des fréquences, même si celle-ci s'ajoute à une autre redevance annuelle destinée également, pour partie, au même objectif, sous réserve [notamment que l'ensemble de ces redevances n'empêche pas le développement des services novateurs et de la concurrence sur le marché] ». Un « État membre qui souhaite modifier les redevances applicables aux droits d'utilisation des radiofréquences précédemment accordés doit veiller à ce que cette modification soit conforme aux conditions fixées à l'article 14, paragraphe 1, de la directive "autorisation", à savoir être objectivement justifiée, être effectuée dans des proportions raisonnables ainsi qu'être notifiée préalablement à toutes les parties intéressées afin de leur permettre d'exprimer leur avis »<sup>843</sup>. Enfin l'article 14, § 2, de la directive « autorisation » ne peut s'appliquer à la redevance unique en raison de ce que dans ce paragraphe, à la différence du paragraphe 1<sup>er</sup> du même article, les notions de « restriction » et de « retrait » des droits d'utilisation des radiofréquences ne visent que les hypothèses dans lesquelles le contenu et l'étendue de ces droits peuvent être modifiés. Et l'imposition à des opérateurs de téléphonie mobile de redevances telles que celles en cause au principal « n'est pas de nature à influencer sur le contenu et l'étendue des droits d'utilisation des radiofréquences conférés aux opérateurs concernés », de sorte que « la modification du régime des redevances ne constitue pas une restriction ou un retrait des droits d'utilisation des radiofréquences au sens de l'article 14, paragraphe 2, de la directive "autorisation" »<sup>844</sup>.

### 3. Les droits de passage

**259. Importance de procédures rapides.** Le coût et la rapidité de déploiement des réseaux de communications électroniques dépend notamment de la mise en place par les États membres de procédures transparentes et non-discriminatoires pour obtenir des droits de passage sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques, comme le requièrent les articles 11.1 de la directive « cadre » (modifié en 2009 de sorte que l'exigence d'une décision prise sans retard est

<sup>840</sup> *Ibid.*, point 37. En l'occurrence, était soumise à la taxe toute personne morale de droit belge ou étranger, possédant une implantation située sur le territoire de la Province Antwerpen qui est utilisée ou réservée pour son usage, et cela quelles que soient la nature de l'implantation et l'activité des assujettis à cette taxe. Ces assujettis n'étaient donc pas seulement les opérateurs fournissant des réseaux ou des services de communications électroniques.

<sup>841</sup> En Espagne, les opérateurs mobiles ont également attaqué la redevance qui leur était imposée pour financer les chaînes publiques pour violation des règles européennes en matière d'aides d'État. *Cfr* T.U.E., 11 juillet 2014, *Telefónica de España, SA, et Telefónica Móviles España, SA c. Commission*, aff. T-151/11. *Voy.* L. Ibot, « Financement de l'audiovisuel public », *Europe*, n° 10, octobre 2014, pp. 41-42.

<sup>842</sup> C.J.U.E., 21 mars 2013, *Belgacom SA, Mobistar SA, KPN Group Belgium SA c. État belge*, aff. C-375/11, points 43 et 45. À cet égard, *voy.* C. const., 16 juin 2011, n° 110/2011 et C. const., 17 octobre 2013, n° 137/2013 rendu par la Cour suite à la réponse à sa question préjudicielle. *Voy.* également A. BOUVERESSE, « Téléphonie mobile. De quelques précisions concernant les redevances appliquées aux opérateurs de téléphonie mobile », *Europe*, mai 2013, n° 5, pp. 32-33.

<sup>843</sup> C.J.U.E., 21 mars 2013, *Belgacom SA, Mobistar SA, KPN Group Belgium SA c. État belge*, aff. C-375/11, points 48 et 60.

<sup>844</sup> *Ibid.*, points 65 et 66.



remplacée par celle d'une décision prise dans les 6 mois) et 4.1 de la directive « autorisation ». Or malgré la transposition des directives « cadre » et « autorisation » à Chypre, l'instruction de permis de construire ou d'urbanisme demandés par des opérateurs de communications mobiles était très longue notamment parce que l'impact environnemental « des champs électromagnétiques des stations de base était évalué même si cela n'était pas prévu par la législation nationale, et, d'autre part, [par] le chevauchement de compétences des différents services chargés de la délivrance de ces permis »<sup>845</sup>. Dans ces conditions, la C.J.U.E. a constaté que la République de Chypre avait manqué aux obligations de transposition des dispositions concernées dans le délai prescrit.

**260. Droits de passage et cession d'un droit d'usage exclusif de réseaux publics.** Les articles 11 de la directive « cadre » et 4 de la directive « autorisation » concernent l'octroi de droits de passage mais ne s'étendent pas à la cession d'un droit d'usage exclusif de réseaux publics. En 2007, quatre sociétés intercommunales flamandes ont conclu un accord avec Telenet pour lui accorder un droit d'emphytéose portant sur leurs réseaux de télédistribution pour une période de 38 ans, moyennant le paiement de diverses contreparties, d'une valeur globale de 425 millions EUR. Ce prix était 5 millions EUR plus élevé que le montant d'une offre qualifiée de « non contraignante » présentée d'initiative par Belgacom. Pour contester cette cession, Belgacom n'a pu invoquer la directive « autorisation ». Belgacom a directement invoqué la liberté d'établissement et de prestation de services garanti par les articles 49 et 56 TFUE. Mais était-elle recevable ? Une entreprise belge peut-elle invoquer ces dispositions pour contester l'octroi de droits d'usage exclusifs par des autorités belges à une autre entreprise belge ? La Cour de justice de l'UE répond par l'affirmative, car « un opérateur économique d'un État membre peut invoquer devant les juridictions de cet État membre la violation de l'obligation de transparence découlant de ces articles qui aurait été commise à l'occasion de la conclusion d'une convention par laquelle une ou plusieurs entités publiques dudit État membre ont soit attribué à un opérateur économique du même État membre une concession de services présentant un intérêt transfrontalier certain, soit accordé à un opérateur économique le droit exclusif d'exercer une activité économique présentant un tel intérêt »<sup>846</sup>.

## F. Droits et obligations liés à la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques

### 1. Obligations liées à la puissance significative dont jouit une entreprise sur un marché pertinent

**261. L'objectif de promotion de la concurrence.** D'une manière générale, « l'article 8 de [la directive "cadre"] assigne aux États membres l'obligation de s'assurer que les ARN prennent toutes les mesures raisonnables visant à promouvoir la concurrence dans la fourniture des services de

<sup>845</sup> C.J.U.E., 26 avril 2012, *Commission c. République de Chypre*, aff. C-125/09, points 17-27: « la Commission avance, afin d'étayer la branche de son grief relative au retard dans le traitement des demandes de permis, que, parmi les 29 demandes déposées, entre janvier 2005 et novembre 2007, par le deuxième opérateur de réseau de téléphonie mobile en vue de la délivrance de permis de construire, seules 3 ont été accueillies et 21 sont encore en suspens. Pour ce qui est des permis d'urbanisme, sur les 6 demandes introduites entre juin 2006 et juillet 2007, 1 aurait été rejetée et 5 seraient encore en suspens ».

<sup>846</sup> C.J.U.E., 14 novembre 2014, *Belgacom*, aff. C-221/12, point 34. Voy. aussi L. Ibot, « Attribution d'une concession de services sans appel au marché », *Europe*, 2014, n° 1, pp. 32-33.



communications électroniques, en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des télécommunications électroniques (...)»<sup>847</sup>.

**262. Obligations concernant les réseaux d'accès.** La directive « accès » charge les ARN d'imposer notamment l'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées. Mais la directive ne définit pas ce que recouvre ces éléments spécifiques et ressources associées. Ces obligations « doivent être édictées par les ARN, au cas par cas, au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre »<sup>848</sup>. Ainsi, quand « en raison du mode particulier de développement de son réseau de fibres optiques, [l'opérateur danois TDC] a la maîtrise du moment auquel des foyers peuvent être connectés, ce qui lui confère un avantage concurrentiel certain pour conquérir de nouveaux clients au niveau du marché de détail dans la mesure où les nouveaux clients sont contractuellement liés à TDC pendant une période minimale de six mois », il incombe à l'ARN d'imposer à l'opérateur puissant d'installer des branchements particuliers reliant le répartiteur du réseau d'accès au point de terminaison du réseau chez l'utilisateur final pour autant que l'« installation de tels branchements [soit] une condition *sine qua non* pour que les opérateurs concurrents de TDC puissent conquérir des clients afin de leur proposer des services distribués par fibres optiques dans des conditions d'égalité de concurrence avec TDC »<sup>849</sup>. Pour autant que la condition d'indispensabilité soit remplie, il n'est donc pas nécessaire que le produit de gros dont la fourniture est imposée par le régulateur existe déjà. La Cour assimile ainsi les conditions d'application du remède sectoriel à celles de l'application de l'article 102 TFUE en cas de refus de fourniture par une entreprise dominante<sup>850</sup>.

Parmi ces mesures raisonnables que les ARN, et seulement elles, doivent prendre dans le secteur des télécommunications électroniques figurent également les « mesures liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts, et ce, notamment, sur le fondement de l'article 13 de la directive "accès" »<sup>851</sup>.

## 2. Obligations en matière de fourniture du service universel

**263. Objectif de garantir la fourniture du service universel.** La directive « service universel », rappelle la Cour de justice, « vise à créer un cadre réglementaire harmonisé qui garantit la fourniture d'un service universel, c'est-à-dire d'un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable. Selon l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de cette directive, l'objectif de celle-ci consiste à assurer la disponibilité, dans toute l'Union, de services de bonne qualité accessibles au public grâce à une concurrence et à un choix effectifs »<sup>852</sup>.

**264. Obligation de permettre aux entreprises intéressées de poser leur candidature pour fournir le service universel.** La jurisprudence de la Cour indique que, lorsque le défaut

<sup>847</sup> C.J.U.E., 7 novembre 2013, *UPC Nederland*, aff. C-518/11, point 50.

<sup>848</sup> C.J.U.E., 19 juin 2014, *TDC*, précité, point 42.

<sup>849</sup> *Ibid.*, point 46. Voy. également les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, 16 janvier 2014.

<sup>850</sup> Voy.: « il n'est pas nécessaire que le produit refusé ait déjà été commercialisé, il suffit qu'il existe une demande de la part d'acheteurs potentiels et qu'un marché potentiel puisse être défini pour l'entrant en question » (Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O.C.E.* C 45/7 du 24 février 2009, point 79).

<sup>851</sup> C.J.U.E., 7 novembre 2013, *UPC Nederland*, aff. C-518/11, point 51.

<sup>852</sup> C.J.U.E., 25 juin 2014, *Commission c. Portugal*, aff. C-76/13, point 52.



d'exécution d'un de ses arrêts est de nature à porter préjudice à des intérêts publics et privés, un tel manquement « revêt un certain degré de gravité ». La Cour relève en l'occurrence que le défaut d'exécution de l'arrêt *Commission/Portugal* « a eu des conséquences négatives sur les intérêts privés et publics. En effet, d'une part, les entreprises éventuellement intéressées à fournir le service universel ont été empêchées de participer au marché relatif audit service du fait de l'existence du contrat de concession attribué à PTC. D'autre part, les utilisateurs finals n'ont pas pu bénéficier d'une concurrence et d'un choix effectifs dans la fourniture de ce service »<sup>853</sup>.

## G. Autres réglementations applicables aux fournisseurs de services de communications électroniques

### 1. Taxe sur la valeur ajoutée et communications électroniques

**265. Application de définitions spécifiques.** La directive « cadre » crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques, des réseaux de communications électroniques et des ressources et services associés. Elle établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée du cadre réglementaire dans l'ensemble de la Communauté. Il n'en demeure pas moins que des règles et définitions spécifiques restent en vigueur en parallèle dans le cadre de réglementations « horizontales ». Ainsi, la directive-cadre n'a pas d'incidence sur l'interprétation du concept de « services de télécommunications », au sens de l'article 9, paragraphe 2, sous e), dixième tiret, de la sixième directive TVA<sup>854</sup>. Ce concept est plus étendu que celui de fournisseurs de services de communications électroniques en vertu du cadre harmonisé. Pour la directive TVA, même la simple revente de cartes téléphoniques, n'impliquant aucun service de communication électronique au sens de la directive-cadre, constitue un « service de télécommunication », le but étant de s'assurer de la perception de la TVA sur l'ensemble de la chaîne de distribution de services de télécommunications<sup>855</sup>.

### 2. Droit de la concurrence et communications électroniques

**266. Compétence de plusieurs autorités sur la base de réglementations complémentaires.** La politique de la concurrence vise, par une intervention ponctuelle pouvant concerner potentiellement tout secteur d'activité économique, à rétablir les conditions d'une concurrence satisfaisante. Le cadre réglementaire des communications électroniques est en partie fondé sur des concepts du droit de la concurrence : définition des marchés, analyse concurrentielle, détermination des opérateurs en position dominante, remèdes en cas d'absence de concurrence. Il en résulte que le comportement d'entreprises dominantes dans le secteur est supervisé par des autorités concurrentes<sup>856</sup>. Ceci n'est pas sans soulever de nombreuses questions, notamment au regard des

<sup>853</sup> *Ibid.*, points 61 et 62.

<sup>854</sup> Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, *J.O.C.E. L 145/1* du 13 juin 1977, telle que modifiée par la directive 2003/92/CE du Conseil du 7 octobre 2003.

<sup>855</sup> *Voy. C.J.U.E.*, 3 mai 2012, *Lebara c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, aff. C-520/10, point 42.

<sup>856</sup> À cet égard, « ni le règlement n° 1/2003 ni la communication sur le réseau ne prévoit une règle de répartition des compétences entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres » (*T.U.E.*, 17 décembre 2014, *Si.mobil telekomunikacijske storitve d.d. c. Commission*, aff. T-201/11, point 37) et « la Commission ne saurait être liée par une décision rendue par une juridiction nationale ou une autorité nationale en application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article 102 TFUE. La Commission est donc en droit de prendre à tout moment des décisions



principes de sécurité juridique et son corollaire, le principe de la protection de la confiance légitime, quand ces différentes autorités interviennent en parallèle. Le Tribunal a pour cette raison rappelé<sup>857</sup> « que le respect de la réglementation espagnole en matière de télécommunications ne la prémunissait pas contre une intervention de la Commission sur le fondement de l'article [102 TFUE], d'autant que plusieurs instruments juridiques du cadre réglementaire de 2002 reflètent la possibilité de procédures parallèles devant les ARN et les autorités de concurrence. Il s'ensuit que les décisions adoptées par les ARN sur la base du cadre réglementaire de 2002 ne privent pas la Commission de sa compétence d'intervenir à un stade ultérieur pour appliquer l'article [102 TFUE] en vertu du règlement n° 17, et, depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, du règlement n° 1/2003<sup>858</sup> ». En appel, la Cour entend « rappeler que le champ d'application de l'article 102 TFUE est de portée générale et ne saurait être limité, notamment et ainsi que le Tribunal l'a relevé (...), par l'existence d'un cadre réglementaire adopté par le législateur de l'Union en vue de réguler *ex ante* les marchés de télécommunication »<sup>859</sup>. D'autre part, quand les « opérateurs économiques sont en mesure de prévoir l'adoption de la mesure de l'Union affectant leurs intérêts, le bénéfice du principe de la protection de la confiance légitime ne saurait être invoqué (...) »<sup>860</sup>. Or, comme la réglementation sectorielle « n'affectait nullement la compétence de la Commission pour constater les infractions aux articles [101 TFUE] et [102 TFUE] et que le comportement de Telefónica sanctionné dans la décision attaquée relevait du champ d'application de l'article [102 TFUE]. L'intervention de la Commission sur le fondement de l'article 82 CE ne saurait dès lors être considérée comme imprévisible »<sup>861</sup>.

D'autre part, « le modèle de coûts utilisés par la CMT dans ses décisions *ex ante* ayant pour objectif de s'assurer de l'absence de ciseau tarifaire n'était pas non plus adéquat, aux fins de l'application de l'article [102 TFUE], puisque, d'une part, il ne se basait pas sur des estimations récentes pour ce qui est des coûts historiques de Telefónica, mais sur des estimations réalisées par des consultants externes sur la base d'informations fournies par la société en octobre 2001 et, d'autre part, le modèle de coûts desdits consultants avait sous-estimé les surcoûts du réseau en aval de Telefónica et n'avait pas pris en compte les dépenses de promotion de cette dernière. Les arguments selon lesquels la CMT se serait montrée particulièrement active à l'égard de la politique de prix de Telefónica et aurait agi *ex post* à de multiples reprises en réglementant et en contrôlant la poli-

---

individuelles pour l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE, même lorsqu'un accord ou une pratique fait déjà l'objet d'une décision d'une juridiction nationale et que la décision envisagée par la Commission est en contradiction avec ladite décision juridictionnelle » (T.U.E., 25 novembre 2014, *Orange c. Commission*, aff. T-402/13, point 27).

<sup>857</sup> T.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España c. Commission*, aff. T-336/07, points 299 et 300. Voy. H. DELZANGLES, S. MARTIN, « Le Tribunal de l'UE confirme les rapports qu'entretiennent droit de la concurrence et droit de la régulation européens », *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2012, n° 2, p. 151 ; L. IDOT, « Abus de position dominante, ciseau tarifaire et télécommunications », *Europe*, 2012, comm. n° 5, p. 197 ; A.-L. SIBONY, F. MARTY, « Ciseau tarifaire – Compression de marges : Le Tribunal de l'UE donne des précisions sur la mise en œuvre du critère du concurrent aussi efficient en matière de ciseau tarifaire (Telefónica) », *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2012, n° 3, pp. 105-110.

<sup>858</sup> Le Tribunal cite, à cet égard, l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive « cadre » et les points 28, 31 et 70 de la Commission européenne, Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.* C 165/6 du 11 juillet 2002.

<sup>859</sup> C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España*, aff. C 295/12 P, point 128.

<sup>860</sup> T.U.E., 29 mars 2012, *Espagne c. Commission*, aff. T-398/07, point 119.

<sup>861</sup> *Ibid.*, point 120.



tique de prix de Telefónica depuis les premières phases du développement espagnol du marché de la large bande doivent donc également être rejetés»<sup>862</sup>.

**267. Applicabilité en parallèle des deux corps de réglementation.** Le tribunal rappelle que les obligations du cadre réglementaire et du droit de la concurrence s'appliquent en parallèle, indépendamment les unes des autres<sup>863</sup> et sans incidence juridique entre elles. Ainsi le fait qu'une ARN considère que des remèdes envisagés ont une incidence sur le courant des échanges et les notifient à la Commission en vertu de l'article 7 de la directive cadre n'a pas d'incidences sur l'appréciation du niveau éventuellement abusif des tarifs que l'ARN entend encadrer car « l'importance du comportement prétendument abusif d'une entreprise pour le fonctionnement du marché intérieur ne saurait être appréciée au regard de la notion d'incidences sur le courant des échanges qui, dans le cadre de la mise en œuvre des procédures prévues par la directive 2002/21, est relative aux effets des mesures envisagées par une autorité réglementaire nationale »<sup>864</sup>.

Quand bien même une ARN approuve, en vertu du cadre réglementaire des communications électroniques, des tarifs entraînant une infraction aux règles de la concurrence, la Commission peut encore imposer des amendes à l'entreprise concernée car l'article 102 TFUE est une « disposition qui concerne non les États membres, mais les seuls opérateurs économiques »<sup>865</sup> et les « comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative. Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine<sup>866</sup> toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, l'article [102 TFUE] n'est pas d'application. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause, ainsi que l'implique cette disposition, dans des comportements autonomes des entreprises »<sup>867</sup>.

**268. Application ex post des règles de concurrence.** Une différence essentielle entre l'application du cadre réglementaire et du droit de la concurrence est l'application *ex post* de ce dernier. Au caractère *ex post* est liée « la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale »<sup>868</sup> au fil des décisions des autorités de concurrence et des arrêts de la Cour de justice. Toutefois, les prin-

<sup>862</sup> T.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España*, aff. T-336/07, point 303.

<sup>863</sup> « S'agissant des relations qui s'établissent dans le cadre des procédures menées par la Commission en application des articles 81 CE et 82 CE [devenus les articles 101 et 102 TFUE – nous ajoutons], les modalités de mise en œuvre du principe de coopération loyale qui découle de l'article 10 CE (devenu article 4, § 3, TFUE) et à laquelle la Commission est tenue dans ses relations avec les États membres ont notamment été précisées aux articles 11 à 16 du règlement n° 1/2003, sous son chapitre IV intitulé "Coopération". Or, ces dispositions ne prévoient pas expressément l'obligation pour la Commission de consulter les ARN » (T.U.E., 29 mars 2012, *Espagne c. Commission*, aff. T-398/07, point 47).

<sup>864</sup> T.U.E., 17 décembre 2014, *Si.mobil telekomunikacijske storitve d.d. c. Commission*, aff. T-201/11, point 95.

<sup>865</sup> T.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España*, aff. T-336/07, point 307. Le Tribunal se réfère à l'arrêt du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c. Commission*, aff. T-271/03, point 69.

<sup>866</sup> Dans l'affaire *Telefonica* (Déc. Comm. CE, 2 février 2008, aff. n° COMP/38.784, *Wanadoo Espana c. Telefónica*, pp. 193-194), la Commission avait relevé le seul fait pour Telefónica de ne pas choisir un niveau de prix de gros très proche du plafond fixé par l'ARN, pour les prestations intermédiaires – accès dégroupé à la boucle locale et accès haut débit livré au niveau régional ou au niveau national – que Telefonica proposait aux opérateurs alternatifs aurait pu suffire à prévenir l'effet de ciseau.

<sup>867</sup> T.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España*, aff. T-336/07, point 328.

<sup>868</sup> C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España*, aff. C-295/12 P, point 147.



cipes de légalité des peines et de sécurité juridique « peuvent s'opposer à l'application rétroactive d'une nouvelle interprétation d'une norme établissant une infraction »<sup>869</sup>.

**269. « Services obligatoires additionnels » et règles en matière d'aides d'État.** L'article 32 de la directive « service universel » permet aux États membres d'assurer la disponibilité de services de communications électroniques sur le territoire au-delà du service universel de base défini dans la directive, les soi-disant « services obligatoires additionnels ». Toutefois, le financement de tels services doit respecter les règles de l'UE en matière d'aides d'État. À cet égard, « même si l'État membre dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la détermination de ce qu'il considère comme un [service d'intérêt économique général] SIEG, cela ne le dispense pas, lorsqu'il invoque l'existence et la nécessité de la protection d'une mission de SIEG, de veiller à ce que cette dernière satisfasse à certains critères minimaux communs à toute mission SIEG au sens du traité, tels que précisés par la jurisprudence, et de démontrer que ces critères, notamment le caractère universel et obligatoire de cette mission, sont bien satisfaits dans le cas d'espèce »<sup>870</sup>. Cette condition était notamment remplie par les autorités françaises dans le cadre d'un projet dont l'un des objectifs était « la couverture universelle du département des Hauts-de-Seine à l'issue d'une période de six ans »<sup>871</sup>. Le Tribunal de l'Union européenne a pour cette raison rejeté le recours introduit par les sociétés Iliad<sup>872</sup>, Free, Free Infrastructure, Colt Télécommunications France<sup>873</sup> et Orange (anciennement France Télécom), visant à annuler la décision de la Commission européenne du 30 septembre 2009 qui avait approuvé le projet d'aide en question, car « la Commission a précisé que, (...) les zones non rentables pour le déploiement de ce réseau représentaient 40 % du territoire des Hauts-de-Seine en termes de prises raccordables (...). Dans le cadre de cette analyse, elle a considéré tout d'abord que la décision des autorités françaises de développer comme un SIEG un réseau à très haut débit dans les Hauts-de-Seine qui allait bien au-delà des limites des réseaux actuels à haut débit en assurant ainsi une couverture des zones non rentables ne contrastait pas avec la réglementation communautaire en la matière (...). La Commission a estimé ensuite que l'accès aux services de très haut débit pour l'ensemble de la population du département répondait à un besoin général et présentait un intérêt général spécifique par rapport à celui que peuvent revêtir d'autres activités de la vie économique (...). Cette mise à disposition d'un réseau de communications électroniques autorisant l'accès généralisé de la population aux services de très haut débit présenterait en outre des caractéristiques spécifiques par rapport aux autres services commerciaux et justifierait l'attribution d'une mission particulière par le département des Hauts-de-Seine »<sup>874</sup>.

<sup>869</sup> *Ibid.*, point 147.

<sup>870</sup> T.U.E., 16 septembre 2013, *Orange c. Commission*, aff. T-258/10, point 119.

<sup>871</sup> *Ibid.*, point 122.

<sup>872</sup> T.U.E., 16 septembre 2013, *Iliad c. Commission*, aff. T-325/10, point 271.

<sup>873</sup> T.U.E., 16 septembre 2013, *Colt Télécommunications France c. Commission*, aff. T-79/10, point 198.

<sup>874</sup> *Ibid.*, point 127.

