

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Communications électroniques

Hocepiéd, Christian; QUEECK, Robert

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

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Hocepiéd, C & QUEECK, R 2021, 'Communications électroniques', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 82-83, pp. 152-197.

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.

V. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Christian HOCEPIED et Robert QUECK⁷²⁶

A. Champ de la chronique⁷²⁷

244. La réglementation européenne. Au plus tard le 21 décembre 2020, les États membres de l'UE devaient avoir transposé et appliqué la directive (UE) 2018/1972 établissant le « code des communications électroniques européen » (ci-après « le Code »)⁷²⁸. Ce Code est une refonte⁷²⁹, en un texte unique, des directives 2002/21/CE (directive « cadre »)⁷³⁰, 2002/20/CE (directive « autori-

⁷²⁶ Respectivement chercheur senior et responsable de l'unité « communications électroniques » au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS-NaDi) de l'Université de Namur. Robert Queck est également membre du Conseil des médias (Medienrat) de la Communauté germanophone et, à ce titre, membre de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC). Les auteurs s'expriment exclusivement à titre personnel et n'engagent en aucun cas les institutions auxquelles ils appartiennent.

⁷²⁷ Pour les versions précédentes de cette chronique, voy. Q. COPPIETERS 't WALLANT, J. JOST et R. QUECK, « Communications électroniques », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)*, R.D.T.I., 2009, n° 35, pp. 141-161 ; J. JOST, E. DEFREYNE, M. PIRON et R. QUECK, « Communications électroniques », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, R.D.T.I., 2012, n° 48-49, pp. 146-185 ; E. DEFREYNE, C. HOCEPIED, J. JOST, R. QUECK et R. DEBILLO, « Communications électroniques », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2012-2014)*, R.D.T.I., 2015, n° 59-60, pp. 126-154 ; R. QUECK et C. HOCEPIED, « Communications électroniques », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2015-2017)*, R.D.T.I., 2017, n° 68-69, pp. 219-251. Pour la jurisprudence européenne en matière de communications électroniques pendant les années commentées, voy. aussi S. DEPRE, E. DE LOPHEM, G. RYELANDT, Ph. VERNET, J. GUNS, C. NENNEN et Fl. HUMBLET, « Chroniques – Marchés libéralisés », Année 2018, *J.D.E.*, 2019, pp. 176-178 et 183 ; Ph. VERNET, J. GUNS et C. NENNEN, « Chroniques – Marchés libéralisés », Année 2019, *J.D.E.*, 2020, pp. 185-188 et 193 ; Ph. VERNET et N. PICARD, « Chroniques – Les marchés libéralisés », Année 2020, *J.D.E.*, 2021, pp. 198-202 et 206-207.

Les arrêts relatifs aux décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) et la Conférences des Régulateurs du secteur des Communications électroniques peuvent être trouvés sur le site www.ibpt.be (opérateurs – publications – contentieux). Les sites web mentionnés dans ce chapitre ont été consultés dernièrement le 8 août 2021.

⁷²⁸ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen, *J.O.U.E.*, L 321/37 du 17 décembre 2018, *err. J.O.U.E.*, L 344/164 du 27 décembre 2019, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2018/1972/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2018/1972/2018-12-17>.

⁷²⁹ La refonte des textes législatifs désigne l'adoption d'un acte juridique nouveau, qui abroge et remplace un acte de base, en l'espèce à plusieurs actes de base. En résulte un acte unique, juridiquement contraignant, intégrant les actes juridiques initiaux et toute modification qui y est apportée. Ce nouvel acte passe par toutes les étapes du processus législatif. Contrairement à la codification, elle comporte des modifications de fond, car les modifications sont apportées à l'acte original. Ainsi, le Code des communications électroniques européen apporte des éléments nouveaux, par exemple une nouvelle catégorie de services de communications électroniques (les services de communications interpersonnelles – art. 2, 5°, du Code, voy. *infra*, § 250) et un nouveau, quatrième, objectif général (la promotion des réseaux à très haute capacité – art. 3, § 2, a), du Code). Cependant les principes et procédures de base, par exemple l'indépendance des autorités de régulation nationales (art. 6-9 du Code) et la procédure concernant les entreprises puissantes (art. 63-68 du Code), sont reprises dans leur majeure partie.

⁷³⁰ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.C.E.*, L 108/33 du 24 avril 2002, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/21/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/21/2009-12-19>.

sation»⁷³¹, 2002/19/CE (directive « accès »)⁷³² et 2002/22/CE (directive « service universel »)⁷³³ (et leurs modifications ultérieures⁷³⁴) qui constituaient le « cadre réglementaire 2002/2009 »⁷³⁵. La jurisprudence couverte par la présente chronique ne concerne pas encore le Code européen. Cependant, cette jurisprudence pourra servir *mutatis mutandis* pour l'interprétation des dispositions du Code qui reprennent les règles de l'ancien cadre réglementaire.

245. Législation belge concernée. Dans l'ordre juridique belge, les réseaux et services de communications électroniques sont, au niveau fédéral, régis principalement par la « loi relative aux communications électroniques » (ou LCE)⁷³⁶ qui organise les marchés des télécommunications, par la loi « IBPT-statut »⁷³⁷ qui régit le statut et les activités de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), c'est-à-dire l'autorité réglementaire nationale (ou autrement dit l'autorité de régulation nationale) du niveau fédéral⁷³⁸, et par la loi « IBPT-recours »⁷³⁹ qui organise notamment les recours contre les décisions de l'IBPT. Par contre, les services de communications électroniques qui consistent en la transmission des services de média audiovisuels et sonores

⁷³¹ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), *J.O.C.E.*, L 108/21 du 24 avril 2002, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/20/oj>, ELI texte consolidé: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/20/2009-12-19>.

⁷³² Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), *J.O.C.E.*, L 108/7 du 24 avril 2002, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/19/oj>, ELI texte consolidé: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/19/2009-12-19>.

⁷³³ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *J.O.C.E.*, L 108/51 du 24 avril 2002, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/22/oj>, ELI texte consolidé: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/22/2016-04-30>.

⁷³⁴ Voy. spécifiquement les directives « mieux légiférer » 2009/140/CE et « droits des citoyens » (2009/136/CE), respectivement directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE [« cadre »], 2002/19/CE [« accès »], et 2002/20/CE [« autorisation »], *J.O.U.E.*, L 337/37 du 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.*, L 241/8 du 10 septembre 2013, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/oj>, ELI version consolidée: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/2009-12-19> et directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE [« service universel »], la directive 2002/58/CE [« vie privée et communications électroniques »] et le règlement (CE) n° 2006/2004 [« coopération 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, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/136/oj>, ELI texte consolidé: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/136/2009-12-19>.

⁷³⁵ Les directives susmentionnées étaient complétées notamment par la 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, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/oj>, ELI texte consolidé: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/2009-12-19>. Cette dernière est en voie d'abrogation par la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), COM (2017) 10, 10 janvier 2017. La jurisprudence relative à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel est traitée principalement au chapitre III de la présente chronique.

⁷³⁶ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005 (ci-après « loi relative aux communications électroniques » ou « LCE »).

⁷³⁷ 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 (ci-après loi « IBPT-statut »).

⁷³⁸ Voy. art. 2, g), de la directive « cadre » et art. 5 du Code européen de 2018.

⁷³⁹ 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 (ci-après loi « IBPT-recours »).

et des services de partage de vidéos (et les contenus⁷⁴⁰ ainsi transmis) relèvent des décrets des Communautés⁷⁴¹ flamande, française et germanophone, ainsi qu'en ce qui concerne la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, d'une loi fédérale régissant les matières bi-culturelles. Pour ce qui concerne la coopération en matière de régulation des communications électroniques (et en particulier des réseaux), l'IBPT et les trois régulateurs communautaires sont regroupés dans la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC)⁷⁴².

Il incombe à la Belgique (État fédéral et communautés) de transposer le Code. Au moment où nous clôturons le présent chapitre, cela a été le cas seulement pour les communautés française, germanophone et flamande⁷⁴³. Jusqu'à ce que cette transposition ait eu lieu, la Belgique s'expose à une procédure d'infraction de la part de la Commission européenne⁷⁴⁴. Et sur la base de l'article 260, § 3, du TFUE, la Belgique pourra être condamnée au paiement d'une astreinte journalière en cas de manquement à l'obligation d'adopter et de communiquer les mesures de transposition dans les temps prévus. En matière de communications électroniques, ceci a été le cas en 2019 en ce

⁷⁴⁰ À cet égard, voy. aussi le chapitre IV de la présente chronique.

⁷⁴¹ Art. 35, 127 et 130 de la Constitution cordonnée du 17 février 1994, *M.B.*, 17 février 1994; art. 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980 et art. 4, § 1^{er}, de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983, *M.B.*, 18 janvier 1984.

⁷⁴² Pour les communautés, les régulateurs sont respectivement le Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) (www.vlaamsereregulatormedia.be/nl), le Conseil Supérieur de l'audiovisuel (CSA) (www.csa.be) et le Medienrat (www.medienrat.be). La télédiffusion bi-culturelle en Région bilingue de Bruxelles-Capitale relève de l'IBPT. Pour la CRC, voy. accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, *M.B.*, 28 décembre 2006.

⁷⁴³ Voy.:

- Communauté flamande: le décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009 a été modifié par le décret de la Communauté flamande du 12 février 2021 modifiant le décret du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion sonore nationaux et régionaux et l'appareillage final technique pour la réception de radio FM d'organismes de radiodiffusion sonore, *M.B.*, 4 mars 2021 (transposition de l'article 113 du Code) et par le décret de la Communauté flamande du 2 juillet 2021 modifiant le décret du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, en ce qui concerne la transposition partielle de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen, *M.B.*, 4 août 2021;
- Communauté française: le décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 24 juillet 2009 a été remplacé par le décret de la Communauté française du 4 février 2021 relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos, *M.B.*, 26 mars 2021;
- Communauté germanophone: le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques, *M.B.*, 6 septembre 2005 a été remplacé par le décret de la Communauté germanophone du 1^{er} mars 2021 relatif aux services de médias et aux représentations cinématographiques, *M.B.*, 12 avril 2021, *err.* 14 juin 2021;
- État fédéral: la LCE, les lois «IBPT-statut» et «IBPT-recours» ainsi que, pour les matières bi-culturelles, la loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 23 mai 2017 seront amendées, en principe en septembre-octobre 2021 par une loi portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques.

⁷⁴⁴ Procédure infraction n° 2021/0008 en cours au 4 août 2021 (https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_fr – décisions de la Commission). Voy. Commission européenne, Communiqué de presse, La Commission engage des procédures d'infraction contre 24 États membres pour défaut de transposition des nouvelles règles de l'UE dans le domaine des télécommunications, IP/21/206, 4 février 2021.

qui concerne la directive 2014/61/UE⁷⁴⁵ visant à réduire les coûts de déploiement des réseaux à haut débit⁷⁴⁶ (voy. *infra*, section D.4.). Comme c'est le cas pour la jurisprudence européenne (voy. *supra*, § 244), la jurisprudence belge traitée par la présente chronique pourra servir *mutatis mutandis* à l'interprétation des règles belges telles que modifiées par les dispositions nationales de transposition, dans la mesure où le Code qu'elles transposent reprend les règles de l'ancien cadre réglementaire.

246. Questions traitées dans ce chapitre. Dans ce chapitre, une attention particulière est apportée à la jurisprudence concernant les éléments constitutifs principaux de la réglementation sectorielle de la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques, à savoir d'abord (i) le champ d'application de la réglementation des communications électroniques et des aspects institutionnels comme (ii) la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Communautés en matière de communications électroniques ainsi que la coopération entre les instances concernées⁷⁴⁷, et (iii) le contrôle juridictionnel des décisions des autorités compétentes. Ensuite nous aborderons la réglementation de l'activité des fournisseurs de réseaux et services de communications électroniques (iv), qui traite de l'entrée sur le marché, c'est-à-dire les procédures et redevances applicables, en particulier en ce qui concerne l'autorisation des services de communications électroniques, la mise en place des réseaux et l'accès aux infrastructures physiques ainsi que la régulation du pouvoir de marché une fois que les fournisseurs sont actifs sur le marché. Seront alors traités (v) le service universel, (vi) les règles spécifiques visant à protéger les utilisateurs finals, (vii) la neutralité de l'internet, (viii) les obligations de diffuser des chaînes de radio et de télévision spécifiques. À tout cela nous ajoutons des questions de libre circulation des équipements terminaux de télécommunications (ix).

B. Champ d'application de la réglementation des communications électroniques

247. Définition des services de communications électroniques selon la directive «cadre» de 2002 – L'importance du critère de «transmission de signaux». En adoptant le Code des communications électroniques européen de décembre 2018, le législateur de l'UE a remplacé la définition des «services de communications électroniques» de la directive «cadre» de 2002⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ C.J. (gde ch.), 8 juillet 2019, *Commission européenne. c. Royaume de Belgique*, aff. C-543/17, EU:C:2019:573, point 59: «Les termes "obligation de communiquer des mesures de transposition", figurant à l'article 260, paragraphe 3, TFUE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils visent l'obligation des États membres de transmettre des informations suffisamment claires et précises quant aux mesures de transposition d'une directive. Afin de satisfaire à l'obligation de sécurité juridique et d'assurer la transposition de l'intégralité des dispositions de cette directive sur l'ensemble du territoire concerné, les États membres sont tenus d'indiquer, pour chaque disposition de ladite directive, la ou les dispositions nationales assurant sa transposition. (...) Il incombe [ensuite] à la Commission d'établir, en vue de solliciter l'infliction à l'État membre concerné d'une sanction pécuniaire prévue à cette disposition, que certaines mesures de transposition font manifestement défaut ou ne couvrent pas l'ensemble du territoire de l'État membre concerné (...).» Voy. aussi points 52 et 58.

⁷⁴⁶ 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, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/61/oj>.

⁷⁴⁷ À cet égard, voy. en particulier chronique, période 2002-2008, §§ 245 à 258 et chronique, période 2012-2014, §§ 235 à 240 et 245 à 248.

⁷⁴⁸ Art. 2, c): «le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consis-

par une définition plus large (voy. *infra*, § 250), mettant fin aux incertitudes⁷⁴⁹ sur l'interprétation de la définition initiale de 2002 qui a donné lieu à plusieurs décisions de justice. Pour la directive « cadre », la principale caractéristique d'un service de communication électroniques est qu'il offre entièrement ou principalement la transmission (ou la revente de transmission) de signaux, y compris de contenus audiovisuels, sur des réseaux de communications électroniques à partir et jusqu'au terminal de l'utilisateur final⁷⁵⁰. Dans l'affaire C-475/12 *UPC DTH*⁷⁵¹, la Cour de justice a précisé cette notion à propos du cas d'une société (UPC DTH) qui fournissait aux abonnés des bouquets de services de radiodiffusion captables par satellite et qui, n'étant pas propriétaire de l'infrastructure satellitaire, utilisait aux fins de la transmission des services de tiers, tout en restant celle qui contracte avec les utilisateurs finals⁷⁵². Selon la Cour, l'activité de transmission peut être soit directement l'œuvre du fournisseur du service à l'utilisateur final lui-même, soit l'œuvre d'un tiers au nom et pour le compte du fournisseur du service qui ne transmet alors pas lui-même, tant que le fournisseur du service 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 », même si « la transmission du signal a lieu par le truchement d'une infrastructure qui n'appartient pas [au fournisseur du service] »⁷⁵³. Ce fût le cas pour UPC DTH qui était donc considéré comme étant fournisseur d'un service de communications électroniques au sens de la directive « cadre ».

248. Définition des services de communications électroniques selon la directive « cadre » de 2002 – Un exemple : SkypeOut. Dans l'affaire C-142/18, *Skype Communications*⁷⁵⁴, la Cour de justice a de nouveau été saisie de la définition des services de communications électroniques au sens de la directive « cadre », cette fois-ci à propos de « SkypeOut ». SkypeOut est une fonction-

tant à fournir des contenus [...] ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus (...). Cette définition a été maintenue telle quelle dans le cadre la réforme de 2009.

⁷⁴⁹ Voy. chronique, période 2012-2014, § 252 et chronique, période 2015-2017, §§ 309 et 351.

⁷⁵⁰ Art. 2, c), de la directive « cadre ».

⁷⁵¹ C.J., 30 avril 2014, *UPC DTH c. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese* (NMHHE), aff. C-475/12, EU:C:2014:285.

⁷⁵² *Ibid.*, points 9-10.

⁷⁵³ *Ibid.*, point 43. Voy. aussi C.J., 5 juin 2019, *Skype Communications c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-142/18, EU:C:2019:460, point 29 et C.J., 13 juin 2019, *Google c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-193/18, EU:C:2019:498, point 32.

⁷⁵⁴ C.J., 5 juin 2019, *Skype Communications c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-142/18, EU:C:2019:460. Voy. aussi Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 7 février 2018, n° 2016/AR/1312 (arrêt qui pose les questions préjudicielles menant à C.J., 5 juin 2019, *Skype Communications c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-142/18, EU:C:2019:460) et Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 2 octobre 2019, n° 2016/AR/1312. Voy. aussi Cass. (3^e ch.), 19 avril 2021, R.G. n° C.20.0338.F. Cet arrêt, tout comme celui de la Cour des marchés du 2 octobre 2019, se limite cependant à la question de l'amende infligée par l'IBPT à Skype Communications pour le non-respect de l'article 9, § 1^{er}, de la LCE qui prévoit l'obligation pour les fournisseurs de réseaux et services publics de communications électroniques de notifier ces activités à l'IBPT. La Cour de cassation confirme l'arrêt entrepris du 2 octobre 2019, n° 2016/AR/1312, en ce que ce dernier « considère, d'une part, que le demandeur n'avance en définitive pas d'autres éléments justifiant la gravité de l'infraction que ceux déjà retenus pour le choix d'infliger une amende, si ce n'est la durée de la période infractionnelle, inexacte à ses yeux, d'autre part, que les circonstances aggravantes invoquées par le demandeur ne sont pas pertinentes ou établies, et conclut qu'en l'absence de lignes directrices, de cohérence dans les décisions prises envers les opérateurs et de tout autre élément objectif, le montant de l'amende ne peut être fixé qu'*ex aequo et bono* » (Cass. (3^e ch.), 19 avril 2021, R.G. n° C.20.0338.F, p. 5). Selon la Cour de cassation, la Cour des marchés, loin de dénier à l'IBPT le pouvoir discrétionnaire de fixer le montant de l'amende sur la base des circonstances de la cause, dénonce à raison un manque de cohérence dans les décisions prises qui serait dû à l'absence de principes directeurs en la matière (*idem*).

nalité ajoutée au logiciel Skype qui permet à son utilisateur de passer des appels téléphoniques depuis un terminal (un ordinateur, un smartphone ou une tablette) via le réseau téléphonique public commuté (RTPC) vers une ligne de téléphone fixe ou mobile en utilisant l'Internet Protocol (IP) et, plus précisément, la technique dite «Voice over IP» (VoIP)⁷⁵⁵. Selon la Cour de justice, la fourniture, par l'éditeur d'un logiciel (en l'occurrence Skype Communications), d'une fonctionnalité offrant un service «Voice over Internet Protocol» (VoIP) comme SkypeOut, constitue un «service de communications électroniques», au sens de l'article 2, c), de la directive «cadre»⁷⁵⁶. En effet, la fonctionnalité Skype Out consiste principalement à transmettre les signaux vocaux émis par l'utilisateur appelant à destination de l'utilisateur appelé sur les réseaux de communication électroniques (Internet d'abord et RTPC ensuite), et c'est Skype Communications qui assume vis-à-vis de l'utilisateur final la responsabilité de cette transmission, même si Skype Communications ne transmet pas lui-même⁷⁵⁷. D'une part, Skype Communications entretient une relation contractuelle avec les utilisateurs de la fonctionnalité, ce qui se manifeste notamment dans le fait qu'elle reçoit une rémunération (sous la forme d'un prépaiement ou d'un abonnement) de la part de ses clients. D'autre part, Skype Communications conclut, aux fins de la transmission, des accords avec les fournisseurs de services de télécommunications dûment autorisés à transmettre et à terminer des appels vers le RTPC et qui sont contractuellement responsables à l'égard de Skype de l'acheminement des signaux⁷⁵⁸.

249. Définition des services de communications électroniques selon la directive «cadre» de 2002 – Un contre-exemple: Gmail. La question de la qualification juridique d'un service par rapport à la directive «cadre» a encore été soulevée dans l'affaire C-193/18, *Google*⁷⁵⁹. Parmi les services qu'elle exploite, Google fournit notamment un service de messagerie électronique, dénommé Gmail, et exploité temporairement sous le nom de GoogleMail en Allemagne⁷⁶⁰. Cette application permet au titulaire d'un compte de messagerie Gmail d'envoyer et de recevoir des courriers électroniques sur Internet, soit via un logiciel de navigation, en utilisant l'interface web mise à cet effet à sa disposition par Google, soit via un logiciel «e-Mail client»⁷⁶¹. Google introduit dans, et réceptionne de l'Internet ouvert, les paquets de données afférents aux courriers électroniques respectivement envoyés et reçus par les titulaires d'un compte de messagerie Google⁷⁶².

Selon la Cour de justice, ce service ne constitue pas un service de communications électroniques au sens de l'article 2, c), de la directive «cadre», car «ce sont, d'une part, les FAI [fournisseurs d'accès à internet] des expéditeurs et des destinataires de courriers ainsi que, le cas échéant, des prestataires de services de messagerie sur Internet et, d'autre part, les gestionnaires des différents

⁷⁵⁵ C.J., 5 juin 2019, *Skype Communications c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-142/18, EU:C:2019:460, points 8 et 30 ainsi que Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 2 octobre 2019, n° 2016/AR/1312, p. 3.

⁷⁵⁶ C.J., 5 juin 2019, *Skype Communications c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-142/18, EU:C:2019:460, point 49.

⁷⁵⁷ «Sur le plan technique, l'acheminement des appels vocaux émis par l'intermédiaire de SkypeOUT est matériellement réalisé, en premier lieu par les FAI sur Internet, (...), et en second lieu, par les fournisseurs de services de télécommunications sur le RTPC (...)» (*ibid.*, point 34).

⁷⁵⁸ *Ibid.*, points 29, 31-35, 39-40 et 49.

⁷⁵⁹ C.J., 13 juin 2019, *Google c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-193/18, EU:C:2019:498.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, point 8.

⁷⁶¹ *Ibid.*, points 11 et 33.

⁷⁶² *Ibid.*, points 13, 26 et 34.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

réseaux constituant l'Internet ouvert qui assurent, pour l'essentiel, la transmission des signaux nécessaires au fonctionnement de tout service de messagerie sur Internet et qui en assument la responsabilité [vis-à-vis des utilisateurs – nous ajoutons] au sens de l'arrêt du 30 avril 2014, *UPC DTH* (C-475/12, EU:C:2014:285, point 43)⁷⁶³. La Cour ajoute que « le fait que le fournisseur d'un service de messagerie sur Internet intervienne activement dans les opérations d'envoi et de réception des messages (...) en vue de leur acheminement vers les destinataires, n'apparaît pas suffisant pour que ledit service puisse, sur le plan technique, être considéré comme consistant "entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques", au sens de l'article 2, sous c), de la directive-cadre »⁷⁶⁴.

250. Définition des services de communications électroniques selon le Code européen de 2018. Dans ce contexte, le Code européen de 2018 considère que « les utilisateurs finaux remplacent la téléphonie vocale traditionnelle, les messages textuels (SMS) et les services de transmission de courrier électronique par des services en ligne équivalents sur le plan fonctionnel, tels que la voix sur IP, des services de messagerie et des services de courrier électronique en ligne. Pour que les utilisateurs finaux et leurs droits bénéficient d'une protection efficace et équivalente lorsqu'ils utilisent des services équivalents sur le plan fonctionnel, une définition orientée vers l'avenir des services de communications électroniques ne devrait pas reposer uniquement sur des paramètres techniques, mais s'appuyer plutôt sur une approche fonctionnelle. (...). Si l'"acheminement de signaux" reste un paramètre important pour déterminer les services qui relèvent du champ d'application de la présente directive, la définition devrait également couvrir d'autres services qui rendent possible la communication. Le fait qu'un fournisseur achemine les signaux lui-même ou que la communication soit assurée via un service d'accès à l'internet n'est pas pertinent du point de vue de l'utilisateur final »⁷⁶⁵.

Si l'affaire C-193/18 *Google* devait être jugée aujourd'hui, Gmail serait très probablement considéré comme un « service de communications interpersonnelles non fondé sur la numérotation »⁷⁶⁶, une variante des « services de communications interpersonnelles »⁷⁶⁷. Ces services mettent l'accent sur la communication (en utilisant ou non un numéro des plans de numérotation et un lien vers ou du RTPC) et non pas sur la transmission. Ils constituent une deuxième catégorie des services de communications électroniques⁷⁶⁸ au sens du Code. Les deux autres restent les « services d'accès

⁷⁶³ *Ibid.*, points 35 et 36.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, point 37.

⁷⁶⁵ Cons. 15 du Code.

⁷⁶⁶ Art. 2, 5° et 2, 7° ainsi que cons. 18 du Code. Notons que ces services sont soumis à un régime relativement léger. Ainsi le régime de l'autorisation générale et des conditions qui y sont attachées ne leurs sont pas applicables (art. 12, § 2, du Code), alors que particulièrement des obligations en matière de sécurité des réseaux et services (art. 40 et 41 du Code) et seulement certaines obligations en matière de protection des utilisateurs finals s'imposent ou peuvent s'imposer dans certaines hypothèses (voy. art. 98, 102, 103, 104, 107, 110, 111 et 61 2 al. 1, du Code).

⁷⁶⁷ Art. 2, 4°, b) et 2, 5° ainsi que cons. 17 du Code. L'autre variante étant les « services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation », comme SkypeOut ou les services de téléphonie fixes et mobiles « classiques » (art. 2, 5° et 2, 6° ainsi que cons. 18 du Code).

⁷⁶⁸ « Le service normalement fourni contre rémunération via des réseaux de communications électroniques qui, à l'exception des services consistant à fournir des contenus (...) ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus, comprend les [trois] types de services suivants (...) » (art. 2, 4°, du Code).

à internet»⁷⁶⁹ et les « services consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux tels que les services de transmission utilisés pour la fourniture de services de machine à machine et pour la radiodiffusion »⁷⁷⁰. Les services de machine à machine impliquent un transfert automatisé de données et d'informations entre des appareils ou des applications basées sur des logiciels, avec une interaction humaine limitée ou nulle⁷⁷¹.

251. Distinction entre l'acheminement des contenus et leur production et offre. La directive « cadre » 2002/21, et aujourd'hui le Code des communications électroniques européen, prévoient la nécessité de séparer la réglementation de la transmission⁷⁷² respectivement des communications électroniques⁷⁷³, de la réglementation des contenus. Ainsi, « la Cour a jugé que les différentes directives composant le nouveau cadre réglementaire applicable aux services de communications électroniques, parmi lesquelles figure la directive cadre, établissent une distinction claire entre la production des contenus, impliquant une responsabilité éditoriale, et l'acheminement des contenus, exclusif de toute responsabilité éditoriale, les contenus et leur transmission relevant de réglementations distinctes poursuivant des objectifs qui leur sont propres »⁷⁷⁴. Cependant, aussi bien la directive « cadre » que le Code reconnaissent la nécessité de tenir compte des liens qui existent entre la réglementation de la transmission / des communications électroniques et la réglementation des contenus⁷⁷⁵. En effet, certaines dispositions réglementent de prime abord la transmission de signaux mais visent en fait des objectifs liés aux contenus comme le pluralisme des médias. Ceci est, par exemple, le cas des obligations de diffusion (« *must carry* ») (voy. *infra*, section H).

C. Aspects institutionnels

1. Répartition de compétences

252. Coordination des plans de fréquences entre Communautés. L'article 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques dispose que « La coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion fait l'objet d'un accord de coopération avec les Communautés, en application de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ». Le 20 décembre 2013, les gouvernements de la Communauté française et flamande, qui ont connu des conflits relatifs à l'attribution de certaines fréquences radio suscep-

⁷⁶⁹ Art. 2, 4°, a), du Code. Voy. aussi règlement (UE) 2015/2120 du Parlement et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et aux prix de détail pour les communications à l'intérieur de l'Union européenne réglementées et modifiant la directive 2002/22/CE et le règlement (UE) n° 531/2012, *J.O.U.E.*, L 310/1 du 26 novembre 2015, *err. J.O.U.E.*, L 27/14 du 3 février 2016, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/2120/oj>, ELI version consolidée: <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/2120/2018-12-20> (règlement « internet ouvert »).

⁷⁷⁰ Art. 2, 4°, c), du Code.

⁷⁷¹ Cons. 249 du Code.

⁷⁷² Cons. 5 de la directive « cadre ».

⁷⁷³ Cons. 7 du Code. La différence entre les deux textes s'explique par le fait que le Code inclut dans son champ d'application, au-delà des services consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux, aussi des services permettant la communication sans assurer directement la transmission ou la revente de transmission comme les services de messagerie en linge (cons. 15 du Code) (voy. *supra*, § 250).

⁷⁷⁴ C.J., 3 septembre 2020, *Vivendi c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)*, aff. C-719/18, EU:C:2020:627, point 66 qui renvoie à C.J., 13 juin 2019, *Google c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-193/18, EU:C:2019:498, point 31 et jurisprudence citée.

⁷⁷⁵ Cons. 5 de la directive « cadre » et 7 du Code.

tibles d'être utilisées par des opérateurs agréés par l'une ou par l'autre, avaient conclu un « Accord de principe concernant la méthode de travail arrêtée en vue de la conclusion d'un accord de coopération entre la Communauté flamande et la Communauté française relatif à la coordination des fréquences de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre à modulation de fréquence ». Le 8 décembre 2017, était conclu un « Accord entre les Gouvernements de la Communauté flamande et de la Communauté française relatif à la coordination des fréquences de radiodiffusion sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre à modulation de fréquence (FM 87.5-108 MHz) »⁷⁷⁶. L'annexe à cet accord comporte deux parties: la première porte sur les fréquences de la Communauté française (1.1) et de la Communauté flamande (1.2) sur lesquelles il existe un accord technique; la seconde porte sur les fréquences de la Communauté française (2.1) et de la Communauté flamande (2.2) sur lesquelles il n'existe aucun accord technique et qui sont donc gelées. Or, la liste de radiofréquences attribuables pour la diffusion de service sonore en mode analogique par voie hertzienne terrestre, adoptée par le Gouvernement de la Communauté française le 7 février 2018, incluait également ces dernières fréquences sur lesquelles aucun accord technique n'avait été trouvé. Des radios FM émettant dans les zones contiguës de la Communauté flamande avaient dès lors demandé la suspension de la décision du gouvernement de la Communauté française en ce qui concerne ces fréquences, justifiant l'urgence par les perturbations que leurs programmes seraient susceptibles de subir du fait de la mise en application des radiofréquences. Le Conseil d'État a rejeté cette demande parce que, d'une part, l'acte attaqué n'assignait pas en tant que tel des fréquences mais était seulement susceptible de servir de fondement à d'autres décisions, qui elles pourraient causer les interférences alléguées⁷⁷⁷. D'autre part, le Conseil d'État constate qu'à l'exception de la puissance apparente rayonnée applicable à la fréquence Jodoigne 107.9 MHz, l'acte attaqué ne modifie quasiment pas les caractéristiques techniques des fréquences attaquées par les parties requérantes. À cet égard, la Communauté française argumentait qu'en raison des mesures d'atténuation qu'elle avait prévues dans l'acte attaqué pour cette fréquence et de la localisation respective des antennes concernées, la situation n'était pas de nature à engendrer des brouillages sur le terrain. Or, les requérants n'avaient pu réfuter l'argument alors que, comme le Conseil d'État le rappelle, la charge de la preuve des éléments justifiant l'urgence incombe au requérant. Pour ces raisons, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension.

253. Portée juridique de la coopération. Le Conseil d'État a rappelé que les approches prévues dans les accords de principes conclus entre les Communautés en vue de la mise en œuvre d'accords de coopération n'énoncent pas des règles à portée générale, mais ne constituent que des engagements individuels entre parties de l'accord de principe⁷⁷⁸. Un requérant ne peut donc invo-

⁷⁷⁶ Voy. Belga, « Accord entre les Communautés flamande et française sur les fréquences radio », *La Libre*, 8 décembre 2017, <https://www.lalibre.be/culture/politique/2017/12/08/accord-entre-les-communaut-es-flamande-et-fran-aise-sur-les-fre-quences-radio-C56G5ZKQCJC3JD7JATCLZYNMIII/>. Cet accord a été substitué par l'accord de coopération du 31 août 2018 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la coordination des radiofréquences en matière de radiodiffusion dans la bande de fréquences 87,5-108 MHz conformément à l'article 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 31 mai 2019. L'annexe 2 contient encore des « assignations gelées » de la Communauté flamande et de la Communauté française.

⁷⁷⁷ C.E. (15^e ch.), 25 octobre 2018, arrêt n° 242.785, *Topradio (n.v.) e.a.*

⁷⁷⁸ C.E. (9^e ch.), 25 octobre 2018, arrêt n° 242.804, *Vzw Antwerpse Ontspanningsstichting e.a.*, point 52, p. 37.

quer le principe du « *patere legem quam ipse fecisti* » pour contester la légalité d'une décision d'une des Communautés signataires, qui ne serait pas conforme à des engagements pris dans de tels accords de principe. En revanche, à l'occasion d'un recours concernant une norme en matière de protection de la santé relative à l'eau destinée à la consommation humaine, la Cour constitutionnelle a annulé l'article 14bis, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en ce qu'il ne permettait pas aux personnes physiques ou morales autres que l'État belge, les communautés, les régions et la Commission communautaire commune d'invoquer, dans le cadre d'un recours en annulation devant le Conseil d'État, la violation des formes, notamment en cas de non-respect de l'obligation de collaboration instaurées par l'article 6, § 4, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles: « Le droit d'accès au juge constitue un principe général de droit qui doit être garanti à chacun dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution. En présument, de manière irréfragable, que les personnes physiques ou morales autres que l'État belge, les communautés, les régions et la Commission communautaire commune n'ont jamais intérêt à invoquer la violation des mécanismes de fédéralisme coopératif visés à l'article 14bis, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et en excluant dès lors ces personnes de toute possibilité d'invoquer la violation de ces formes, la disposition en cause limite de manière disproportionnée le droit d'accès au juge d'une catégorie de justiciables »⁷⁷⁹.

254. Chevauchement des compétences du régulateur et des tribunaux. Le président du tribunal de première instance d'Anvers a rejeté le 30 mai 2018 une demande en référé visant à mettre fin à une violation des obligations réglementaires imposées par des décisions de la CRC du 1^{er} juillet 2011 en ordonnant notamment à Telenet de distribuer la chaîne «Eleven Sports 3» en tant que canal propre d'Orange dans des conditions techniques, opérationnelles et financières équitables, raisonnables, loyales, non discriminatoires et transparentes comparables à celles de Proximus, sous peine d'une astreinte de 100.000 EUR par jour de retard. Le président estimait, que compte tenu du délai écoulé depuis la dernière analyse de marché, un tribunal ne peut prendre des mesures pour mettre en œuvre des obligations basées sur une analyse de marché obsolète, le tribunal ne pouvant pas empiéter sur la marge discrétionnaire du régulateur pour revoir les obligations concernées. Le président du tribunal a dès lors rejeté la demande comme non fondée. Toutefois, en appel, la Cour a précisé que « le pouvoir discrétionnaire des régulateurs n'affecte pas le pouvoir du tribunal des référés de se prononcer sur le caractère raisonnable des conditions d'accès au réseau câblé »⁷⁸⁰. Dans un tel cas, le juge des cessations peut ordonner la cessation d'un refus de contracter en imposant l'obligation de formuler une proposition équitable, raisonnable, loyale, non discriminatoire et transparente («FRAND») de conditions ou de conclure un contrat⁷⁸¹.

255. Compétence des tribunaux pour imposer des mesures provisoires à une ARN. L'article 1382 du Code civil consacre un droit subjectif à la réparation du préjudice résultant d'une faute de l'administration. Il en découle corrélativement un droit subjectif à l'évitement préventif d'un préjudice qui résulterait d'une telle faute. L'article 1382 permet donc au juge de prononcer des injonctions qui visent à prévenir la survenance d'un dommage résultant d'une faute, ou à

⁷⁷⁹ C.C., 24 octobre 2019, n° 147/2019, point B.11.3, p. 19.

⁷⁸⁰ Anvers (5^e ch.), 11 avril 2019, n° 2018/AR/1597, point 7, p. 13.

⁷⁸¹ *Idem*, voy. également *Competitio*, 2019, liv. 2, 161; *Competitio*, 2020, liv. 2, 131; *NjW*, 2021, liv. 434, 21, note S. GEIREGAT.

prévenir la commission d'une faute génératrice de dommage⁷⁸². Toutefois, même si la responsabilité d'une autorité compétente est engagée, « les cours et tribunaux ne peuvent, toutefois, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs, se substituer aux autorités administratives dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. (...) Faire droit à la mesure sollicitée reviendrait donc en définitive à se substituer à ce contrôle qui doit être exercé par l'IBPT et à l'empêcher d'exercer son pouvoir d'appréciation par rapport aux conditions prévues dans l'arrêté royal »⁷⁸³.

2. Recours contre les décisions de l'ARN

256. Délai pour introduire un recours contre les décisions d'une ARN (IBPT). L'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi « IBPT-recours » du 17 janvier 2003 permet un recours devant la Cour des marchés par requête signée et déposée au greffe de la cour d'appel de Bruxelles dans un délai de soixante jours à partir de la notification de la décision ou à défaut de notification, après la publication de la décision ou à défaut de publication, après la prise de connaissance de la décision. Sur la base de sa jurisprudence antérieure, la Cour des marchés considérait que la date de « la notification de la décision » était le jour de l'envoi du pli recommandé avec accusé de réception. En réponse à une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle a jugé qu'une telle interprétation violerait les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, parce que le délai de recours commencerait à courir à un moment où le destinataire de la décision de l'IBPT n'a pas encore connaissance de la teneur de la décision. Afin de déterminer la recevabilité *ratione temporis* des recours, la Cour constitutionnelle ne considère pas comme pertinent le fait que la loi « IBPT-recours » accorde aux destinataires de la décision de l'IBPT un délai de soixante jours qui est supérieur au délai de recours du droit judiciaire commun, ni que ladite loi exclut l'application des principes de droit commun en matière judiciaire et administrative. La Cour dit pour droit qu'interprété en ce sens que le délai de soixante jours pour introduire un recours contre les décisions de l'IBPT qui ont été notifiées à leurs destinataires prend cours à partir du jour de leur envoi, l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi « IBPT-recours » viole les articles 10 et 11 de la Constitution, alors qu'il ne le fait pas si on dit que le délai prend cours à partir du jour où les destinataires ont eu connaissance ou pu, en toute vraisemblance, prendre connaissance des décisions notifiées⁷⁸⁴. Un autre arrêt se prononçant sur les délais de recours a trait à une demande de l'opérateur Citymesh à l'IBPT d'une extension géographique de son autorisation de fournir des communications sans fil dans la bande de fréquences de 3,5 GHz. L'IBPT avait refusé, *de facto*, cette extension en répondant qu'il n'était pas opportun de lancer un appel à candidatures concernant les fréquences concernées. L'opérateur a introduit un recours auprès de la cour d'appel, qui ne s'est néanmoins pas prononcée sur le fonds, la requête ayant été déposée hors délai. La Cour des marchés rejette à cet égard l'argument selon lequel dès lors que

⁷⁸² Cass. (1^{re} ch.), 21 octobre 1982, R.G. n° 6636, BE:CASS:1982:ARR.19821021.5, *Pas.*, 1983, I, p. 251.

⁷⁸³ Civ. fr. Bruxelles (1^{re} ch.), 15 novembre 2018, n° 18/3690/A, p. 13. L'arrêté royal visé est l'arrêté royal du 11 février 2013 relatif aux systèmes fournissant des services mobiles par satellite, *M.B.*, 8 mars 2013 (arrêté royal « MSS »).

⁷⁸⁴ D'une part Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 7 février 2018, n° 2016/AR/1312, point 2, p. 3; Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 11 avril 2018, n° 2017/AR/1109, pp. 12 et 13; Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 11 avril 2018, n° 2017/AR/1112, pp. 10 et 11. D'autre part, C.C., 28 mai 2019, n° 87/2019, points B.5 et B.6, pp. 7-8, répondant à la question préjudicielle posée par les arrêts interlocutoires Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 11 avril 2018, n° 2017/AR/1109 et n° 2017/AR/1112.

la lettre de l'IBPT ne mentionnait pas les voies de recours, le délai de prescription pour introduire le recours ne prendrait pas cours en vertu de l'article 2, 4°, de la loi loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration⁷⁸⁵. Selon la Cour, cette loi ne s'applique pas, la loi recours étant une *lex specialis* dérogeant à la compétence du Conseil d'État, à laquelle se réfère la définition d'auto-rité administrative dans la loi du 11 avril 1994⁷⁸⁶.

257. Causes de nullité de l'acte introductif d'instance. Une partie requérante avait déposé une requête introductive d'instance qui ne contenait pas l'adresse exacte de l'IBPT. Il en a résulté que l'IBPT n'avait pas été valablement convoqué à comparaître à la date de l'introduction du recours devant la Cour des marchés. Toutefois une telle erreur n'entache pas la requête introductive d'instance de nullité. « L'article 2 de la loi-recours est une *lex specialis* qui déroge au droit commun en ce qui concerne les mentions - que la requête introductive d'instance doit contenir sous peine de nullité. À la différence de l'article 1034ter, 3°, du Code judiciaire, l'article 2 de la loi-recours ne prévoit ainsi notamment pas que la requête doit contenir l'identification de la personne à convoquer, ce qui s'explique par le fait que la partie adverse au recours organisé par l'article 2 est toujours l'IBPT »⁷⁸⁷. Bien que l'article 2 prévoit que le greffe de la cour d'appel notifie sans délai la requête, la « mention "sans délai" n'indique pas un délai bien déterminé, dont le dépassement serait sanctionné par une sanction bien précise »⁷⁸⁸. En revanche, l'acte introductif d'instance doit contenir « l'exposé complet des moyens »⁷⁸⁹.

258. La durée limitée d'octroi de droits individuels d'utilisation de radiofréquences n'exclut pas l'urgence en cas de non-renouvellement. Le Conseil d'État estime que même si les autorisations ont une durée limitée et que leur titulaire était informé du risque de ne pas obtenir une nouvelle autorisation dans le cadre de l'appel d'offres futur, les lois coordonnées sur le Conseil d'État n'exigent pas que les inconvénients invoqués pour justifier l'urgence présentent un caractère imprévisible. Par ailleurs, dans l'affaire en question, « rien n'indique que la situation de la requérante lui permettrait de poursuivre son entreprise d'une autre manière. Elle produit des pièces indiquant que la cessation même temporaire de son activité impliquerait une dégradation inéluctable de sa situation financière, pouvant mener à sa faillite. Les inconvénients ainsi allégués présentent la gravité requise pour justifier que le Conseil d'État se prononce en référé »⁷⁹⁰. En revanche, pour justifier l'urgence, le requérant doit démontrer *in concreto* en quoi il ne peut supporter le préjudice que lui causerait d'attendre une décision sur le fonds de la procédure en annulation⁷⁹¹. « De même en ce qui concerne la procédure "comme en référé" devant la Cour des marchés, la nécessité de mentionner au moins un moyen dans l'acte introductif d'instance n'est en effet pas une simple exigence formelle, mais une exigence fondamentale de la loi-recours (...) la notion de "recours" au sens de la loi sur les recours doit (...) au moins être comprise comme signifiant la définition suffisamment claire de la règle de droit réputée avoir été violée et la manière dont cette règle est violée par la décision attaquée, selon le requérant. L'expression "suffisamment

⁷⁸⁵ M.B., 30 juin 1994.

⁷⁸⁶ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 19 septembre 2018, n° 2018/AR/1012, point 5.2.3. p. 21.

⁷⁸⁷ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 6 mars 2019, n° 2019AR/113, point V.4, p. 10.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, point V.5, p. 11.

⁷⁸⁹ Article 2, § 2, 5°, de la loi « recours ».

⁷⁹⁰ C.E. (15^e ch.), 14 août 2019, arrêts n°s 245.306, 245.307 et 245.308, *I.P.M. Radio*, à chaque fois p. 11 et n° 245.305, p. 10.

⁷⁹¹ C.E. (9^e ch.), 31 octobre 2019, arrêt n° 245.964, *vzw Radio Klein Brabant*, p. 8, points 8 et 10.

claire" signifie qu'il n'est pas nécessaire de formuler des hypothèses quant aux intentions correctes de la requérante (...)»⁷⁹².

259. Intérêt à agir pour attaquer une décision d'une ARN (IBPT). «Tout processus décisionnel de l'IBPT susceptible d'affecter la situation juridique d'une personne (personne morale ou personne physique) peut donc faire l'objet d'un recours devant la Cour des marchés»⁷⁹³. Toutefois, l'intérêt à agir est défini de manière plus restrictive à l'article 2, § 1^{er}, de la loi «IBPT-recours» que par les articles 17 et 18 du Code judiciaire, qui ouvrent un recours à toute personne y compris en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé. Les textes des travaux préparatoires⁷⁹⁴ de la rédaction de l'article 2 de la loi «IBPT-recours» confirment l'absence d'un quelconque droit à agir ouvert aux particuliers s'estimant lésés indirectement par une décision prise par l'IBPT⁷⁹⁵. Il incombe en outre toujours à la partie requérante de prouver que la décision attaquée est irrégulière ou illégale⁷⁹⁶.

260. Contrôle effectué par la cour d'appel/Cour des marchés. «Pour qu'une décision administrative du Régulateur puisse être annulée par la Cour des marchés, le requérant doit prouver – et ne pas seulement prétendre – que :

- les règles de procédure ne sont pas respectées ;
- les exigences de motivation ne sont pas respectées ;
- les faits sont relatés de façon inexacte ;
- il y a une erreur manifeste d'appréciation ;
- la qualification juridique des faits est erronée ;
- les éléments de preuve invoqués démontrent que la décision administrative du Régulateur était manifestement erronée ;
- le cadre factuel ne peut pas soutenir les conclusions tirées par le Régulateur»⁷⁹⁷.

⁷⁹² Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 23 décembre 2020, n° 2020/AR/1043, p. 22 (nous traduisons du néerlandais).

⁷⁹³ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 19 septembre 2018, n° 2018AR/1012, point 51.3, p. 17.

⁷⁹⁴ « (...) La jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles s'est, dans un premier temps, vue assez restrictive à reconnaître un droit d'action à un autre opérateur que le destinataire d'une décision de l'IBPT. C'est pourquoi, il est proposé que tout opérateur ayant un intérêt pour agir, puisse introduire un recours en annulation ou en suspension. (...) À cet égard, il convient tout particulièrement d'attirer l'attention sur le fait que l'intérêt exigé est suffisant lorsque la décision contestée concerne l'approbation d'une offre de référence et que la partie demanderesse est une bénéficiaire du service concerné », projet de loi du 16 février 2009, commentaire article par article, Chambre des représentants, DOC 52-1814/001, p. 5.

⁷⁹⁵ « La notion d'intérêt personnel et direct à obtenir l'annulation d'une décision de l'IBPT doit (...) s'apprécier à la lumière de l'article 4 de la directive "cadre" qui sert de fondement à la loi "recours" du 17 janvier 2003 et qui impose de prévoir pareil recours au profit de toute personne "affectée" par la décision de l'organisme de régulation. Suivant la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, la notion d'affectation implique que la mesure incriminée "produise directement des effets sur la situation juridique du requérant" » (G. DE FOESTRAETS, « Examen de jurisprudence : aspects procéduraires des recours objectifs de pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles », *T.B.H.*, 2009/5 – mai 2009, p. 452).

⁷⁹⁶ Voy. également Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 14 avril 2021, n°s 2020/AR/1233 à 1237, pp. 47-48 : « La Cour des marchés estime (...) [que l'intérêt à agir] ne peut pas plus être compris comme étant la défense de l'intérêt général au sens où l'entendent les parties requérantes 1 à 3, au travers de l'action dont elles se prévalent pour la protection de l'environnement [ni] l'intérêt particulier avancé par les parties requérantes 4 à 8, lequel s'assimile en réalité à la mise en danger d'un droit subjectif ».

⁷⁹⁷ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 22 janvier 2020, n° 2019/AR/1470, point 31, p. 17 ainsi que Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 4 septembre 2019, n°s 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, p. 60.

«Le pouvoir de contrôle de la Cour des marchés sur les constatations de fait opérées par l'IBPT s'étend, notamment, à l'inexactitude matérielle de ces constatations résultant des pièces du dossier, à la dénaturation des éléments de preuve, à la qualification juridique de ceux-ci et la question de savoir si les règles en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectées. L'appréciation de l'IBPT selon laquelle en un laps de temps d'à peine 7 mois l'IBPT n'aurait pas identifié de nouveaux développements ne saurait pas, en principe, être remise en cause devant la Cour des marchés»⁷⁹⁸. Il ne suffit pas qu'un demandeur se contente de critiquer des aspects d'une décision jugés lacunaires. Il faut au moins que le demandeur rende plausible que si tel ou tel nouveau développement avait été identifié, l'analyse aurait pu aboutir à une autre régulation, voire à une abstention de réguler. La charge de la preuve incombe au seul demandeur.

Par ailleurs, une même cause entre les mêmes parties ne peut faire l'objet de recours différents, même si de nouveaux moyens sont soulevés. «Il suffit que la question litigieuse ait été soumise au juge et que les parties aient ainsi pu en débattre, lors même qu'elles ne l'auraient pas fait»⁷⁹⁹.

261. Caractéristique principale du recours: il est de pleine juridiction. Le contrôle de la Cour consiste à vérifier si, au regard des règles et principes en cause, l'appréciation du Collège de l'IBPT est entachée d'erreurs de droit, y compris le respect des principes généraux de bonne administration *sensu lato*, ou d'erreurs manifestes d'appréciation quant aux faits (voy. *infra*, § 294). Dans ce contexte, la pleine juridiction inclut la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision. Compte tenu de la séparation des pouvoirs, la Cour ne peut néanmoins substituer sa décision à une décision de l'IBPT qu'elle annule que pour autant que cette substitution puisse s'accomplir sans porter atteinte à une règle de procédure ou de concertation qui présidait à l'adoption de ladite décision par l'IBPT lui-même, comme par exemple remplacer le montant d'une sanction administrative imposée par l'IBPT. Une annulation partielle d'une décision du régulateur ayant pour conséquence d'étendre le nombre de bénéficiaires des obligations imposées ne relève néanmoins pas de cette compétence de pleine juridiction. Ainsi, le 12 novembre 2014, la cour d'appel avait annulé une décision de l'IBPT de 2012 en ce qu'elle excluait Proximus de la possibilité de bénéficier de l'accès réglementé aux services de communications électroniques des câblo-opérateurs. La Cour de cassation a précisé qu'en annulant partiellement cette décision, la cour d'appel n'a pas imposé de nouvelle obligation ou une obligation modifiée aux câblo-opérateurs, mais seulement déclaré illégales les modalités d'application d'obligations existantes⁸⁰⁰, ce qui ne requiert pas une compétence de pleine juridiction. Dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, la Cour doit «prendre en considération toutes les données factuelles pertinentes et toutes les règles de droit applicables, au moment de l'adoption de la décision, pour répondre aux moyens des parties. Nonobstant son pouvoir de pleine juridiction, la Cour doit en effet respecter les limites du débat judiciaire et doit dès lors, sous réserve des moyens d'office touchant à l'ordre public et de l'interprétation qu'il conviendrait d'accorder aux moyens soulevés devant elle, limiter

⁷⁹⁸ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 22 janvier 2020, n° 2019/AR/1470, point 42, p. 21.

⁷⁹⁹ Cass. (1^{re} ch.), 12 novembre 2020, R.G. n° C.17.0563.F, p. 2. Cet arrêt rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour des marchés du 19 avril 2017, n° 2014/AR/1802, relatif à la décision de l'IBPT du 20 mai 2014 visant l'imposition d'une amende administrative à Belgacom pour non-respect, pour l'offre de référence WBA VDSL2, de l'obligation de transparence (disponible sur www.ibpt.be, opérateurs – publications – décision).

⁸⁰⁰ Cass. (1^{re} ch.), 26 avril 2018, R.G. n° C.15.0499.N, p. 4.

son examen aux griefs invoqués et aux moyens de défense de la partie adverse»⁸⁰¹. La Cour ne peut donc exercer sa compétence de pleine juridiction que si « la partie requérante invoque au préalable et prouve que la décision attaquée est irrégulière ou illégale *sensu lato* »⁸⁰². Le fait que la Cour dispose de pleine juridiction lui confère de réelles possibilités d'interprétation des moyens et conclusions dont elle est saisie par les parties au procès. « Mais interprétation : ne signifie pas substitution ; (la cour) ne saurait donc voler, en quelque sorte, au secours des protagonistes du litige si ceux-ci se montrent défailants, sauf à statuer *ultra petita*, ce qui est formellement prohibé. (...) le magistrat ne répond pas aux moyens qui ne sont pas présentés correctement »⁸⁰³. De manière générale, « (l) a Cour apprécie si les preuves apportées constituent un cadre de faits pertinents en vue de l'appréciation de l'infraction et peuvent servir de base aux conclusions qui en sont tirées. En décider autrement reviendrait à attribuer à la Cour des marchés les compétences d'une autorité administrative (le régulateur) et de violer ainsi le principe de la séparation des pouvoirs »⁸⁰⁴. Ce principe requiert que la Cour, dans l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, ne prive pas l'IBPT de son pouvoir d'appréciation. Toutefois, « lorsque la Cour des marchés est face à une sanction administrative considérée comme pénale (...) la compétence de "pleine juridiction" exercée par la Cour exige un contrôle de proportionnalité plus approfondi qu'un contrôle "marginal" ». La Cour a ainsi estimé que le classement par l'IBPT d'une infraction comme de « gravité moyenne » et non de « gravité légère » ne se justifiait pas, l'objectif poursuivi par le législateur étant rempli par l'opérateur concerné⁸⁰⁵.

262. Seuls les actes formatifs sont attaquables devant la Cour des marchés. La Cour des marchés ne peut être saisie que de recours contre des décisions de l'IBPT, qu'elles soient formelles ou implicites. Ainsi, une lettre émanant de l'IBPT peut être considérée comme une décision implicite et donc un acte attaquant en ce qu'elle produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du destinataire de cette lettre. En effet, toutes les décisions (ou actes formatifs) explicites ou implicites que l'IBPT adopte ainsi sont bien soumises au contrôle juridictionnel de la Cour des marchés. Ne relèvent toutefois pas de ce contrôle les actes purement confirmatifs. Ainsi, comme le montant des redevances annuelles dues pour l'utilisation de radiofréquences est fixé par arrêté royal, les lettres de l'IBPT contenant le calcul des montants dus, accompagnées de factures correspondantes, « ne constituent rien de plus qu'une mesure d'information (ou un acte purement confirmatif), dans un souci de transparence, du montant dû »⁸⁰⁶. Dans une autre affaire, la Cour des marchés n'a pas considéré que les pratiques dénoncées pouvaient être assimilées à une décision implicite et a rappelé qu'elle n'était pas compétente pour « censurer une "politique" de l'IBPT »⁸⁰⁷.

⁸⁰¹ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 9 décembre 2020, n° 2017/AR/1109, p. 18 et n° 2017/AR/1112, p. 13.

⁸⁰² Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 6 mars 2019, n° 2019/AR/113, points V.2, p. 29 et V.4, p. 30.

⁸⁰³ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 22 janvier 2020, n° 2019/AR/1470, point 35, p. 19.

⁸⁰⁴ *Idem*.

⁸⁰⁵ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 9 décembre 2020, n° 2017/AR/1112, pp. 23 et 26 ainsi que n° 2017/AR/1109, pp. 22-23.

⁸⁰⁶ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 4 septembre 2019, n° 2019/AR/408, point 31, p. 21.

⁸⁰⁷ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 23 décembre 2020, n° 2020/AR/1043, p. 23. Voy. également Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 14 avril 2021, n° 2020/AR/1233-37, point 1.4. p. 30 : « La Cour des marchés ne doit pas se prononcer sur les griefs qui ne mettent en cause que des questions de politique ou d'opportunité. Il ne relève donc pas du pouvoir de la Cour des marchés de compléter ce qui peut être décidé et ce qui a été décidé de manière discrétionnaire par l'IBPT. Lorsqu'elle examine cette légalité, la Cour des marchés ne peut se placer sur le plan de

3. Règles régissant le fonctionnement de l'IBPT

263. Le règlement d'ordre intérieur du Conseil établit des formalités substantielles à respecter sous peine de nullité. L'arrêté royal du 19 avril 2014 « portant règlement d'ordre intérieur du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications »⁸⁰⁸ fixe les règles de fonctionnement de l'IBPT et prévoit notamment (i) la convocation aux réunions par le secrétaire du Conseil (art. 5, § 3, de l'arrêté royal), (ii) la communication de l'ordre du jour de la réunion par le secrétaire aux membres du Conseil (art. 6, § 1, de l'arrêté royal) et (iii) la tenue des procès-verbaux des réunions par le secrétaire du Conseil (art. 9 et 10 de l'arrêté royal). La Cour des marchés a dès lors annulé⁸⁰⁹ la décision du Conseil de l'IBPT « du 7 décembre 2018 relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée », pour violation des formes substantielles. La Cour estime que les formalités relatives au processus de prise de décision et en particulier les règles relatives au rôle joué par le secrétaire du Conseil, à la tenue des ordres du jour, des convocations et des procès-verbaux, ont en un caractère substantiel, car elles « constituent des garanties essentielles de l'intégrité et de la régularité du processus de décision, au bénéfice des administrés ou au bénéfice de ces derniers et de l'autorité administrative elle-même »⁸¹⁰. La charge de la preuve de l'erreur manifeste d'appréciation qui aurait été commise, de l'illégalité de la décision attaquée ou de la méconnaissance des principes généraux en matière de bonne gestion administrative incombe au demandeur⁸¹¹.

264. En vertu de la LCE, le régulateur a un devoir de transparence et de consultation qui n'est pas illimité. L'IBPT se conforme à son devoir de transparence quand il publie « son projet de nouvelle analyse et [la soumet] à consultation publique »⁸¹². En l'occurrence, l'IBPT avait dans cette publication « fait part de sa conclusion négative relative au test des trois critères et, partant, de son obligation de déréguler le marché de gros du départ d'appel. L'IBPT y annonce également son intention de ne pas prévoir de période de transition après le retrait de la réglementation. 3STARSNET est donc parfaitement au courant, dès la fin 2017, que sauf revirement, le marché sera dérégulé à court terme »⁸¹³. Dans leurs recours contre les décisions d'analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) du 29 juin 2019 (voy. *infra*, §§ 287, 289, 293 et 294), les requérants reprochaient à la CRC d'avoir ajouté, après la consultation publique qui a été tenue du 7 juillet au 29 septembre 2017, notamment une analyse (supplémentaire et alternative) d'un marché d'accès central élargi technologiquement neutre sur lequel Proximus et les câblo-opérateurs auraient une puissance commune conjointe. Cette alternative avait été – selon la CRC – ajoutée suite aux remarques reçues lors de la consultation publique et n'aurait pas conduit à des conclusions différentes en termes de régulation, c'est-à-dire en ce qui concerne l'identité des opérateurs désignés

l'opportunité, car cela reviendrait à lui reconnaître une compétence incompatible avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions et notamment le principe de la séparation des pouvoirs »

⁸⁰⁸ *M.B.*, 5 juin 2014.

⁸⁰⁹ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 12 juin 2019, n° 2019/AR/258.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 19, point 15.

⁸¹¹ Comme rappelé par la Cour de cassation (1^{re} ch.), dans son arrêt du 21 janvier 2021, R.G. n° C.19.0627.F, p. 3, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la Cour des marchés du 12 juin 2019, n° 2019/AR/113.

⁸¹² Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 22 janvier 2020, n° 2019/AR/1470, point 79, p. 39.

⁸¹³ *Idem.*

comme puissants et la nécessité d'imposer des mesures correctrices⁸¹⁴. Les requérants estimaient qu'une nouvelle consultation aurait dû être tenue afin de permettre aux opérateurs concernés de soumettre leurs observations sur cette alternative. La Cour des marchés a néanmoins rejeté ce grief, car l'accepter « signifierait que jamais ne pourrait être prise une décision puisque tout commentaire exprimé par une partie concernée résultera toujours en une décision prise par l'ARN, qui ensuite (...) serait toujours ouverte à nouveau à une réaction de toutes les intéressées (et pas seulement les parties susmentionnées, mais tous pour qui la régulation pourrait avoir un effet juridique). Alors que la CRC explicite (...) à travers ses réponses aux critiques des parties et des observations de l'ABC et la Commission européenne que "même" lorsque d'autres critères seraient pris en compte pour la définition du marché – que ceux que la CRC applique au concept qui a fait l'objet d'une consultation et des avis – la décision est identique, la CRC a respecté les dispositions juridiques de façon satisfaisante au sens large (...) de telle sorte que la décision n'est pas affectée par un manque de consultation »⁸¹⁵.

265. Obligation de motivation. En motivant sa décision d'instaurer un paiement mensuel selon la méthode de calcul prévue dans le projet de décision, en précisant seulement qu'il a évalué les différents avantages et désavantages, l'IBPT a manqué à son obligation de motivation. En vertu de cette obligation, une motivation doit être précise et concrète et doit laisser apparaître que l'IBPT a effectivement examiné et tenu compte des objections et remarques des parties intéressées⁸¹⁶.

266. Le droit à un procès équitable. On peut considérer que l'ensemble des amendes imposées par l'IBPT revêtent la nature de sanctions pénales au sens des instruments internationaux. Dès lors, ces sanctions sont soumises à l'arsenal des garanties prévues par le droit international des droits de l'homme et par les principes généraux de droit. Elles doivent donc respecter le principe d'indépendance et d'impartialité. Or, le principe général de droit d'impartialité et d'indépendance entraîne l'interdiction du cumul de fonctions, ce qui implique que celui qui a participé à l'instruction ou qui a soutenu l'accusation ne peut participer au jugement parce que l'autorité qui juge ne peut être animée d'aucun parti pris. « Cependant, selon une jurisprudence classique, la CEDH admet que des sanctions administratives constitutives de "sanctions pénales" puissent, sans méconnaître l'article 6, être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du "tribunal" visé par cette disposition, à la condition toutefois que le justiciable dispose, contre les décisions de cette autorité, d'un recours de pleine juridiction »⁸¹⁷. En l'occurrence, si la Cour devait estimer « qu'en raison de la violation du principe de l'impartialité, la décision devrait être annulée, la Cour pourrait, en vertu de sa compétence de pleine juridiction, réparer ce vice en substituant sa propre décision à celle du régulateur. Celui-ci ne devrait donc pas prendre une nouvelle décision en l'absence du membre qui, hypothétiquement, aurait compromis son impartialité »⁸¹⁸.

⁸¹⁴ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 4 septembre 2019, n° 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, pp. 37 et 44.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁸¹⁶ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 23 décembre 2020, n° 2020/AR/1238, p. 13.

⁸¹⁷ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 9 décembre 2020, n° 2017/AR/1112, p. 16.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

267. La législation sur l'emploi des langues. «(L)'article 43, § 3, alinéa 3 [des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative] n'est pas applicable aux membres du Conseil de l'IBPT. Le Conseil de l'IBPT est composé de deux membres francophones et de deux membres néerlandophones. Ils n'appartiennent pas à un cadre bilingue. C'est le choix fait par le législateur. Chaque membre est donc libre d'utiliser sa propre langue, pour autant qu'en définitive, le Conseil vote un texte rédigé dans la langue à utiliser en vertu des lois linguistiques (...)»⁸¹⁹.

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

1. L'autorisation de services : procédures et redevances

268. Taxes administratives. En vertu de l'article 12.1 de la directive «autorisation» 2002/20, les taxes administratives imposées aux entreprises fournissant un service ou un réseau au titre de l'autorisation générale ou auxquelles un droit d'utilisation a été octroyé couvrent exclusivement les coûts administratifs globaux des activités énumérées⁸²⁰. La Cour de justice a été appelée plusieurs fois à se prononcer sur l'étendue des coûts de l'ARN pouvant être couverts par une telle taxe. Dans son ordonnance du 29 avril 2020⁸²¹, la Cour renvoie à son arrêt *Vodafone Omnitel*⁸²² et rappelle que ne sont pas concernés l'ensemble des frais de fonctionnement de l'ARN, mais seulement les coûts administratifs globaux se rapportant aux trois catégories d'activités visées par ladite disposition, à savoir: les activités de gestion, de contrôle et d'application du régime d'autorisation générale, lequel comprend les conditions dont peut être assortie l'autorisation générale énumérées à l'annexe, partie A, de la directive autorisation; les activités de gestion, de contrôle et d'application des droits d'utilisation de radiofréquences et de numéros et des conditions dont ces droits peuvent être assortis, énumérées à l'annexe, parties B et C, de cette directive; et des activités de gestion, de contrôle et d'application d'obligations spécifiques prévues dans cette directive⁸²³. Par ailleurs, les taxes administratives doivent couvrir les coûts administratifs réels résultant de ces activités 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»⁸²⁴. Au surplus, «il appartient aux États membres de déterminer les modalités de la publication du bilan annuel et de la mise en œuvre des ajustements nécessaires imposés par l'article 12, paragraphe 2, de la directive "autorisation", tout en veillant à garantir la transparence

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁸²⁰ Disposition reprise à l'article 16 du Code.

⁸²¹ C.J. (ord.), 29 avril 2020, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) c. BT Italia e.a.*, aff. C-399/19, EU:C:2020:346.

⁸²² *Ibid.*, points 34-38; C.J., 27 juin 2013, *Vodafone Malta et Mobilis Communications Vodafone Malta c. Avukat Ġenerali e.a.*, aff. C-71/12, EU:C:2013:431, point 22; C.J., 18 juillet 2013, *Vodafone Omnitel e.a. c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) e.a.*, aff. jointes C-228/12 à C-232/12 et C-254/12 à C-258/12, EU:C:2013:495, dispositif et points 37-40; C.J., 28 juillet 2016, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) c. Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) e.a.*, aff. C-240/15, EU:C:2016:608, points 45 et 46 et C.J., 30 janvier 2018, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort c. X et Visser Vastgoed Beleggingen c. Raad van de gemeente Appingedam.*, aff. jointes C-360/15 et C-31/16, EU:C:2018:44, point 64. Voy. chronique, période 2012-2014, §§ 256-257.

⁸²³ C.J. (ord.), 29 avril 2020, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) c. BT Italia e.a.*, aff. C-399/19, EU:C:2020:346, point 39.

⁸²⁴ *Ibid.*, point 45.

de telle façon que les entreprises concernées puissent vérifier que les coûts administratifs et les taxes s'équilibrent»⁸²⁵, la directive n'ayant pas harmonisé ces aspects.

269. Redevances ne constituant pas une taxe administrative en vertu de la directive. La Cour de justice a précisé que ne constitue pas une taxe administrative au sens de l'article 12 de la directive autorisation «une contribution financière annuelle, (...) imposée aux entreprises de télécommunications opérant en Espagne et ayant une couverture géographique supérieure à celle d'une communauté autonome, aux fins de la participation au financement de la radiodiffusion publique»⁸²⁶.

2. La mise en place de réseaux de communications électroniques : procédures et permis

270. Définition de la notion de «réseau». La Cour de justice a jugé qu'une entreprise qui se borne à proposer le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur Internet ne fournit pas un réseau de communications électroniques⁸²⁷. Il en va de même d'entreprises qui fournissent l'accès à des contenus de services audiovisuels retransmis par voie satellitaire pour autant que ces entreprises ne remplissent «aucune des missions assurées par le fournisseur d'un réseau de communications électroniques, au sens de l'article 2, sous m), de la directive-cadre⁸²⁸, à savoir être responsable de la mise en place, de l'exploitation, de la surveillance ou de la mise à disposition d'un tel réseau»⁸²⁹.

271. Obligation de motiver la non-reprise de radiofréquences dans un plan de fréquences.

En vertu de l'article 133, § 2, premier alinéa du décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, le gouvernement de la Communauté flamande avait adopté le 21 avril 2017 le plan de fréquences pour les radios en Communauté flamande⁸³⁰. Le Conseil d'État confirme le pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes pour déterminer si l'utilisation efficace du spectre permet ou non d'inclure des fréquences dans de tels plans. Toutefois, lorsqu'une autorité compétente décide de ne pas inclure certaines fréquences dans son plan de fréquences, il lui incombe de fournir une motivation dans sa décision et, à cet égard, l'obligation légale de se coordonner pour certaines fréquences avec une autre Communauté afin d'éviter les interférences ne justifie pas un tel mutisme⁸³¹. Le Conseil d'État a dès lors annulé le plan de fréquences. Le gouvernement de la Communauté flamande a adopté un nouveau plan de fréquences le 29 mars 2019⁸³².

⁸²⁵ *Ibid.*, point 48.

⁸²⁶ C.J. (ord.), 21 mars 2019, *Telefónica Móviles España e.a. c. Tribunal Económico-Administrativo Central*, aff. jointes C-119/18, C-120/18 et C-121/18, EU:C:2019:231, dispositif.

⁸²⁷ C.J., 13 décembre 2018, *France Télévisions c. Playmédia et Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, aff. C-298/17, EU:C:2018:1017, points 18 et 19.

⁸²⁸ Disposition reprise à l'article 2(1) du Code.

⁸²⁹ C.J., 11 décembre 2019, *TV Play Baltic c. Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, aff. C-87/19, EU:C:2019:1063, point 23.

⁸³⁰ Arrêté du Gouvernement flamand du 21 avril 2017 fixant le nombre d'organismes de radiodiffusion sonore privés communautaires, régionaux, en réseau et locaux qui peuvent être agréés et fixant le plan de fréquences et les paquets de fréquences mis à disposition des organismes de radiodiffusion sonore privés communautaires, régionaux, en réseau et locaux, *M.B.*, 9 mai 2017.

⁸³¹ C.E. (9^e ch.), 25 octobre 2018, arrêt n° 242.804, *Vzw Antwerpse Ontspanningsstichting e.a.*, point 223, p. 19.

⁸³² Arrêté du Gouvernement flamand du 29 mars 2019 fixant le nombre d'organismes de radiodiffusion sonore privés communautaires, régionaux, en réseau et locaux qui peuvent être agréés et fixant le plan de fréquences et les paquets de fréquences mis à disposition des organismes de radiodiffusion sonore privés communautaires, régionaux, en réseau et locaux, *M.B.*, 4 avril 2019.

En parallèle, il avait abrogé les décisions reconnaissant des radiodiffuseurs et leur accordant des fréquences du plan annulé, dont certaines faisait l'objet de recours en annulation. Le Conseil d'État estime que les requérants gardaient néanmoins un intérêt pour agir et a annulé de telles décisions abrogées⁸³³.

272. Transparence des procédures d'assignation radiofréquences. Suite à un appel à candidatures pour une autorisation pour l'offre d'un réseau de radiodiffusion dans les canaux DAB+ 5A et 5D, l'autorité compétente (le Régulateur flamand des médias) avait attribué cette autorisation au candidat, qui d'après elle avait soumis l'offre ayant obtenu le plus grand nombre de points lors de l'examen comparatif. Les candidats évincés ont néanmoins demandé l'annulation de la sélection en invoquant notamment une violation de l'obligation de transparence requise par les articles 7.1.3 de la directive autorisations et l'article 9 de la directive cadre. Les parties requérantes estimaient en effet que la méthode d'attribution des points était opaque du fait de l'absence de publication préalable des sous-critères utilisés et de la méthode d'attribution. Le 3 décembre 2020, le Conseil d'État a néanmoins rejeté ce grief. La méthode de calcul des notes de l'épreuve comparative relève du pouvoir discrétionnaire des autorités, bien que ce pouvoir soit limité par les principes de bonne administration applicables. Il estime en effet qu'aucune disposition légale ni aucun principe de bonne administration n'exige que l'autorité compétente précise à l'avance ou fasse connaître sa méthode de calcul des points attribués (ou du moins les requérants ne l'avaient pas démontré)⁸³⁴.

273. Contrôle de la légalité de l'appréciation des demandes d'assignation de radiofréquences. Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente (en l'occurrence la CSA) « n'implique pas que le classement chiffré des candidatures ne doive pas faire l'objet d'un contrôle de légalité ou que la partie requérante soit sans intérêt à le contester »⁸³⁵. Il n'est pas suffisant d'indiquer « les points qui ont été attribués aux différents candidats, mais n'en donne aucune explication »⁸³⁶. Au regard du respect de l'égalité de traitement et des principes de bonne administration, « le procédé consistant à définir des sous-critères et à détailler le mode d'attribution des points après l'ouverture des candidatures ne peut être admis que dans des limites strictes. Pour les critères présentant un aspect purement quantitatif, comme celui de la production propre, le Conseil d'État n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles le mode de calcul des points ne pouvait pas être fixé [avant l'ouverture] »⁸³⁷. En outre, le Conseil d'État constate que des éléments dénaturent la manière dont les points étaient attribués avaient été introduits après l'ouverture, ainsi qu'un sous-critère de nature

⁸³³ C.E. (9^e ch.), 18 juin 2019, arrêts n° 244.812, *bvba FM Promotion*, n° 244.813, *vzw Bingo*, n° 244.814, *vzw Noordweststrand*, n° 244.815, *vzw Radio T.R.O.D.*, n° 244.816, *vzw Dabro*, n° 244.817, *vzw Radio-Tele-Randstad*, n° 244.818, *vzw Radio-Tele-Randstad*, n° 244.819, *vzw Radio Touring*; 20 juin 2019, arrêts n° 244.901, *vzw Radio-Tele-Randstad*, n° 244.902, *vzw Radio Uilenspiegel*, n° 244.903, *vzw bvba FM Promotion*, n° 244.904, *vzw Radio Club FM*, n° 244.905, *vzw Radio Club FM*, n° 244.906, *vzw Family Radio Vlaanderen*, n° 244.907, *nv C FM* et C.E. (9^e ch.), 27 juin 2019, arrêt n° 245.008, *vzw Radio Klein Brabant*.

⁸³⁴ C.E. (9^e ch.), 3 décembre 2020, arrêt n° 249.113, *Cv Tvv Digitaal*, point 14.1, p. 27 et C.E. (9^e ch.), 3 décembre 2020, arrêt n° 249.112, *Bv On Tower Netherlands 6*, point 9.2, p. 11. Dans ce dernier point, le Conseil d'État constate que la partie requérante était en mesure de contester la pertinence des critères choisis et leur application pratique aux offres soumises. En outre, la partie requérante n'avait pas fait valoir, dans le cadre du moyen en cause, que les critères visés ou leur pondération n'étaient pas objectifs et pertinents par rapport à l'autorisation à accorder, ou qu'ils n'avaient pas été appliqués de manière égale à tous les candidats.

⁸³⁵ C.E. (15^e ch.), 21 octobre 2019, arrêt n° 245.835, *I.P.M. Radio*, point VIII.2., p. 12.

⁸³⁶ C.E. (6^e ch.), 14 août 2019, arrêt n° 245.309, *I.P.M. Radio*, VIII.2., p. 15.

⁸³⁷ C.E. (15^e ch.), 21 octobre 2019, arrêt n° 245.835, *I.P.M. Radio*, p. 16.

formaliste qui n'était pas annoncé, rompant « ainsi l'égalité de traitement et l'exigence de transparence inhérente à un processus de comparaison équitable »⁸³⁸. Le Conseil d'État a dès lors suspendu l'exécution de la décision du CSA du 4 septembre 2019 autorisant NRJ Belgique s.a. à éditer le service de radiodiffusion sonore NRJ par voie hertzienne terrestre analogique et numérique et lui assignant à cette fin le réseau communautaire A4, composé du réseau de radiofréquences analogiques C4 et du droit d'usage du réseau de radiofréquences numériques C4 pour une durée de neuf ans⁸³⁹, de même que, pour des raisons similaires, la suspension de l'exécution de l'assignation du réseau communautaire A5, composé du réseau de radiofréquences analogiques U1 et du droit d'usage du réseau de radiofréquences numériques C5, pour le service Fun Radio Belgique⁸⁴⁰, de l'assignation du réseau communautaire A6, composé du réseau de radiofréquences analogiques U2 et du droit d'usage du réseau de radiofréquences numériques C6 pour le service LN24⁸⁴¹, tout en suspendant également, pour les mêmes raisons, la décision de la CSA de ne pas autoriser la société anonyme I.P.M. Radio à éditer le service de radiodiffusion sonore DH Radio par voie hertzienne terrestre analogique et numérique⁸⁴².

274. Modification d'attributions de radiofréquences. L'article 14, premier alinéa de la directive « autorisation » demandait aux États membres de s'assurer que les droits individuels d'utilisation de radiofréquences ne soient modifiés qu'après consultation des parties intéressées. Or, la Communauté flamande n'a pas transposé cette disposition par une mesure législative, mais se limite à appliquer la directive en pratique. Le Conseil d'État a confirmé que l'absence d'encadrement légal des procédures de consultation établi préalablement à la consultation n'est pas contraire à l'article 14 de la directive autorisations, tout en ajoutant que la sécurité juridique y gagnerait quand même en cas d'adoption d'un tel encadrement⁸⁴³.

275. Autorisation de stations terrestres émettrices pour services mobiles par satellites (MSS) – Mesures européennes. Le 30 juin 2008, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la décision n° 2008/626/CE (la « décision MSS ») concernant la sélection et l'autorisation de systèmes fournissant des services mobiles par satellite (ci-après dénommés « MSS »). Cette décision MSS prévoyait une procédure paneuropéenne pour la sélection commune des opérateurs de systèmes mobiles par satellite utilisant la bande 2 GHz pour fournir des MSS. L'article 4, paragraphe 1, c) (ii), de la décision MSS disposait en particulier que le candidat s'engage à fournir le MSS au minimum de 50 % de la population et plus d'au minimum 60 % de l'ensemble du territoire terrestre de chaque État membre, et ce à une échéance précise. Par ailleurs, l'article 9, paragraphe 2, alinéa 2, de la décision MSS prévoit que les États membres assurent le contrôle et le respect par les opérateurs sélectionnés des conditions dont leurs autorisations sont assorties, et prennent les mesures appropriées

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁸³⁹ La suspension de l'assignation du réseau communautaire A2, composé du réseau de radiofréquences analogiques C2 et du droit d'usage du réseau de radiofréquences numériques C2 à Radio Contact a, en revanche, été rejetée. Au regard des moyens invoqués, à les supposer tous sérieux, le Conseil d'État avait en effet calculé qu'une rectification n'aurait pas été suffisante pour permettre à la requérante de dépasser Radio Contact dans le classement et, dès lors, considéré que l'intérêt aux moyens et à la demande de suspension, n'était pas établi (C.E. (15^e ch.), 21 octobre 2019, arrêt n° 245.835I.P.M. *Radio C.E.*, p. 31).

⁸⁴⁰ C.E. (15^e ch.), 21 octobre 2019, arrêt n° 245.834, I.P.M. *Radio C.E.*

⁸⁴¹ C.E. (15^e ch.), 21 octobre 2019, arrêt n° 245.833, I.P.M. *Radio C.E.*

⁸⁴² C.E. (15^e ch.), 21 octobre 2019, arrêt n° 245.832, I.P.M. *Radio C.E.*

⁸⁴³ C.E. (9^e ch.), 25 octobre 2018, arrêt n° 242.804, *vzw Antwerpse Ontspanningsstichting e.a.*, point 31, p. 25.

en cas de non-conformité. Le 10 octobre 2011, la Commission a adopté⁸⁴⁴ la décision n° 2011/667 / UE relative aux modalités d'application coordonnée des règles d'exécution concernant les services mobiles par satellite (la « décision exécution »). L'article 3 de cette décision instaure une procédure de sanction en plusieurs étapes et coordonnée au niveau européen, prévoyant notamment que « Les États membres s'abstiennent d'arrêter toute décision définitive concernant le manquement présumé avant la réunion du comité des communications (...) ».

276. Autorisation de stations terrestres émettrices pour services mobiles par satellites (MSS) – Obligations de couverture. En 2009, deux opérateurs, dont Inmarsat, avaient été autorisés à utiliser des fréquences dans la bande 2 GHz pour la fourniture de MSS⁸⁴⁵. En application de l'article 7, § 1^{er}, de la décision de Sélection, Inmarsat devait obtenir l'autorisation de chaque État membre pour l'utilisation de ces fréquences en vue de la fourniture de MSS sur leur territoire respectif. Inmarsat a ainsi fait les démarches en ce sens auprès des régulateurs des États membres de l'Union européenne. La Belgique a autorisé Inmarsat à utiliser les fréquences concernées depuis son territoire par arrêté royal du 11 février 2013 relatif aux systèmes fournissant des services mobiles par satellite (l'arrêté royal « MSS »)⁸⁴⁶. Or, un concurrent évincé de l'appel d'offres, Viasat, estimait qu'Inmarsat n'avait pas rempli les obligations de couverture prévues et que le non-respect du délai de couverture avait pour conséquence le retrait automatique – ou la perte d'effets juridiques – de l'autorisation accordée à Inmarsat d'utiliser la bande 2 GHz pour le déploiement MSS. Viasat a dès

⁸⁴⁴ Décision 2011/667/UE de la Commission, du 10 octobre 2011 sur les modalités d'application coordonnée des règles d'exécution concernant les services mobiles par satellite (MSS) conformément à l'article 9, paragraphe 3, de la décision n° 626/2008/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 265/25 du 11 octobre 2011, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2011/667/oj> (décision « MSS exécution »). Dans ce contexte, voy. aussi :

- décision 2007/98/CE de la Commission du 14 février 2007 sur l'utilisation harmonisée du spectre radioélectrique dans les bandes de fréquences de 2 GHz pour la mise en œuvre de systèmes fournissant des services mobiles par satellite, *J.O.U.E.*, L 43/32 du 15 février 2007, ELI: [http://data.europa.eu/eli/dec/2007/98\(1\)/oj](http://data.europa.eu/eli/dec/2007/98(1)/oj);
- décision 626/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2008 concernant la sélection et l'autorisation de systèmes fournissant des services mobiles par satellite (MSS), *J.O.U.E.*, L 172/15 du 2 juillet 2008, ELI: [http://data.europa.eu/eli/dec/2008/626\(2\)/oj](http://data.europa.eu/eli/dec/2008/626(2)/oj), ELI version consolidée: [http://data.europa.eu/eli/dec/2008/626\(2\)/2019-07-26](http://data.europa.eu/eli/dec/2008/626(2)/2019-07-26) (décision « MSS de base »);
- décision 2009/449/CE de la Commission du 13 mai 2009 concernant la sélection et l'autorisation de systèmes fournissant des services mobiles par satellite (MSS), *J.O.U.E.*, L 172/15 du 12 juin 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2009/449/oj> (décision « MSS sélection »).

⁸⁴⁵ Les 20 mars et 2 mai 2017, Viasat, Inc. avait, sur le fondement de l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents, introduit des demandes d'accès respectivement à un document de la Commission et à « toute information communiquée par Inmarsat plc, [Inmarsat Ventures Ltd] ou ses affiliés, à l'occasion de sa participation à l'appel d'offres de l'Union européenne qui a donné lieu à l'adoption le 13 mai 2009 de la décision 2009/449/CE de la Commission concernant la sélection des opérateurs de systèmes paneuropéens fournissant des services mobiles par satellite (MSS) [*J.O.*, 2009, L 149, p. 65] ». Les deux demandes ont été rejetées par la Commission. Le 28 mai 2020, le tribunal a confirmé que le premier document tombait sous l'exception de relative à la *protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit* (Trib., 28 mai 2020, *Viasat c. Commission européenne*, aff. T-649/17, EU:T:2020:235). En ce qui concerne la seconde demande et même si la procédure avait été clôturée depuis de nombreuses années, la Cour a néanmoins confirmé le droit de la Commission européenne de rejeter cette demande d'accès sur la base de l'exception relative à l'atteinte aux intérêts commerciaux. Voy. Trib., 26 mars 2020, *Viasat c. Commission européenne*, aff. T-734/17, EU:T:2020:123, point 61. Viasat a formé le 5 juin 2020 un pourvoi contre cet arrêt (aff. C-235/20 P).

⁸⁴⁶ *M.B.*, 8 mars 2013.

lors demandé, le 27 juillet 2017, l'annulation⁸⁴⁷ de la décision de l'IBPT⁸⁴⁸ du 29 juin 2016 autorisant Inmarsat à déployer des éléments terrestres complémentaires. Par ailleurs, le 24 avril 2017, Viasat a saisi le Tribunal de l'Union européenne afin que celui-ci constate que la Commission s'est abstenue d'adopter une décision pour empêcher une autre utilisation de la bande de fréquences 2 GHz et d'interdire aux ARNs d'autoriser Inmarsat à utiliser cette bande de fréquences⁸⁴⁹.

À la suite de l'annulation susmentionnée de la décision de l'IBPT par la cour d'appel, Viasat a introduit le 18 mai 2018 une action déclaratoire auprès du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, lui demandant de dire pour droit que l'autorisation d'utiliser la bande 2 GHz en Belgique octroyée à Inmarsat en vertu de l'article 2 de l'arrêté MSS était dépourvue d'effets juridiques à compter du 13 juin 2016⁸⁵⁰. Cependant, le 7 août 2018 l'IBPT accordait une nouvelle autorisation à Inmarsat, décision contre laquelle Viasat a introduit, le 30 août 2018, un second recours auprès de la Cour des marchés. Par un arrêt du 23 janvier 2019, cette dernière a soumis une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'interprétation de la décision MSS et de sa décision d'exécution. Le 5 mars 2020⁸⁵¹, cette dernière a précisé que, quand

⁸⁴⁷ Par arrêt du 14 mars 2018, la Cour des marchés a annulé la décision attaquée du Conseil de l'IBPT au motif que cette décision n'était pas régulièrement motivée en ce que l'IBPT n'avait pas vérifié si les « éléments terrestres complémentaires » (ETC) qui lui étaient soumis pour approbation correspondaient à la définition des ETC reprise à l'article 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal « MSS » et faisaient partie intégrante du système mobile par satellite développé par l'opérateur sélectionné par la Commission; et plus généralement si les ETC soumis correspondaient aux conditions communes fixées à l'article 8.3 de la décision « MSS » n° 626/2008/CE et étaient utilisés dans le cadre d'un réseau respectant le cadre législatif européen.

⁸⁴⁸ Par décision du 22 février 2018 l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) française a accordé à Inmarsat Ventures des droits d'utilisation pour des ETC de systèmes mobiles par satellite (voy. https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/18-0001.pdf). Viasat Inc. Et Viasat UK sont intervenus au soutien d'un recours en annulation de cette décision introduit auprès du Conseil d'État français par Eutelsat. Le 28 juin 2019, le Conseil d'État français a posé à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles. La Cour a répondu par arrêt du 15 avril 2021 notamment que « dans le cas où il est avéré qu'un opérateur sélectionné (...) n'a pas fourni de services mobiles par satellite au moyen d'un système mobile par satellite pour la date butoir prévue (dans la décision MSS n° 626/2008), les autorités compétentes des États membres ne sont pas habilitées à refuser d'accorder des autorisations nécessaires à la fourniture d'ETC de systèmes mobiles par satellite à cet opérateur au motif que celui-ci n'a pas respecté l'engagement pris dans sa candidature » (C.J., 15 avril 2021, *Eutelsat c. Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et Inmarsat Ventures*, aff. C-515/19, EU:C:2021:273, point 77).

⁸⁴⁹ Par arrêt du 10 mars 2021 le Tribunal a rejeté le recours, considérant notamment « l'absence de compétences, que ce soit des compétences explicites ou implicites, de la Commission pour agir afin d'empêcher les ARN d'accorder les autorisations à un système prétendument incompatible avec le cadre juridique ne prive pas des concurrents, tels que la requérante, d'une protection juridictionnelle effective », en l'occurrence par le contrôle exercé par les juridictions nationales (Trib., *Viasat Inc. c. Commission européenne*, aff. T-245/17, EU:T:2020:128, point 214).

⁸⁵⁰ Affaire n° 18/3690/A. Par jugement interlocutoire du 15 novembre 2018, le tribunal (1^{re} chambre affaires civiles) a rejeté la demande de mesures provisoires concernant la mise en œuvre de l'A.R. du 11 février 2013. Afin de statuer sur le fonds, le tribunal (4^e chambre affaires civiles) a ensuite, le 14 février 2020, posé des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. Cette demande a été radiée du rôle de la Cour par ordonnance du 8 octobre 2020 à la demande du tribunal (*Viasat UK et Viasat Inc. c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) e.a.*, C-417/20, EU:C:2020:839), suite à l'arrêt de la C.J.U.E. du 5 mars 2020 en réponse aux questions préjudicielles de la Cour des marchés. Le 25 février 2021, le tribunal (4^e ch.) a finalement déclaré la demande irrecevable, une des conditions de recevabilité de l'action déclaratoire n'étant pas remplie, à savoir l'absence d'un intérêt direct de Viasat, dont la situation ne serait pas concrètement et juridiquement affectée par le jugement, si la demande était accueillie.

⁸⁵¹ C.J., 5 mars 2020, *Viasat UK et Viasat Inc. c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-100/19, EU:C:2020:174. À la suite de cet arrêt, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a retiré sa demande de décision préjudicielle, retraits actés par ordonnance du président de la Cour de justice du 8 octobre 2020 (C.J. (ord.), *Viasat UK et Viasat Inc. c. Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) e.a.*, aff. C-417/20, EU:C:2020:839).

bien même l'opérateur n'aurait pas fourni de services mobiles par satellite au moyen d'un système mobile par satellite pour la date butoir prévue, les autorités compétentes des États membres ne sont pas habilitées à refuser d'accorder les autorisations nécessaires à la fourniture des éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite à cet opérateur au motif que celui-ci n'a pas respecté l'engagement pris dans sa candidature. Un retrait ne peut être décidé que dans le cadre de la procédure instaurée par la décision d'exécution. Par lettre du 26 mai 2020, Viasat a invité l'IBPT et l'État belge à mettre en œuvre la procédure d'exécution coordonnée. Le 5 juin 2020, l'IBPT a toutefois indiqué dans un courrier adressé aux conseils de Viasat que pour lui, l'arrêt de la C.J.U.E. ne remettait pas en cause sa position selon laquelle Inmarsat n'avait pas enfreint le cadre réglementaire et n'avait donc pas à être sanctionnée. Le 4 août 2020 Viasat a introduit un recours contre cette position de l'IBPT qui est actuellement pendant devant la Cour des marchés⁸⁵².

277. Sous-traitance de la radiodiffusion dans le spectre assigné à une chaîne publique.

Suite à un appel d'offres, la VRT avait décidé le 11 juin 2018 d'attribuer la radiodiffusion de ses émissions radio sur ses deux blocs de fréquences DAB+ à l'entreprise Broadcast Partners. L'autre entreprise qui avait fait une offre pour la radiodiffusion dans ces fréquences avait demandé la suspension de l'adjudication, arguant notamment que la différence entre le prix qu'elle avait offert et celui de l'adjudicataire était de 64% et que la VRT aurait dû, en vertu de la législation sur les marchés publics, procéder à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites et demander toutes les indications permettant cette vérification. Selon le Conseil d'État une telle vérification aurait cependant, à première vue, été effectuée, où pour le moins le demandeur ne démontre pas le contraire. En outre, le Conseil rappelle qu'une vérification des prix ne nécessite pas nécessairement une demande d'indications permettant une telle vérification. De plus, il incombe au demandeur de démontrer avec le sérieux requis que, en ne constatant pas d'anomalie dans le prix global de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicataire aurait outrepassé le large pouvoir d'appréciation dont il dispose dans le cadre de la vérification des prix. Aucun moyen n'était invoqué relatif à une infraction à la LCE, qui ne s'applique pas dans le cadre de tels contrats de sous-traitance de radiodiffuseurs publics. Le 13 juillet 2018, le Conseil d'État a dès lors rejeté la demande de mesures provisoires⁸⁵³. Le requérant n'ayant introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification du rejet de la demande de suspension, le Conseil d'État a ensuite clôturé la procédure en invoquant la présomption de désistement d'instance de l'article 17, § 7, des lois coordonnées sur le Conseil d'État⁸⁵⁴.

3. Autorisation de déploiement d'un réseau et des ressources associées

a. Permis d'urbanisme

278. Obligation d'obtenir des permis d'urbanisme. Des règles urbanistiques et environnementales⁸⁵⁵ différentes s'appliquent à l'implantation d'équipements de communications électro-

⁸⁵² Viasat UK et Viasat Inc., requête en annulation de la décision de l'IBPT du 5 juin 2020 par laquelle l'IBPT considère qu'Inmarsat n'a pas enfreint le cadre réglementaire contrôlé par l'IBPT et décide qu'aucune action n'est nécessaire, disponible sous www.ibpt.be (opérateurs – publications – contentieux).

⁸⁵³ C.E. (12^e ch.), 13 juillet 2018, arrêt n° 242.102, *nv Norkring België*.

⁸⁵⁴ C.E. (12^e ch.), 16 octobre 2018, arrêt n° 242.664, *nv Norkring België*.

⁸⁵⁵ Dans son arrêt du 15 janvier 2009, n° 2/2009, la Cour constitutionnelle a reconnu le pouvoir des Régions de prendre des mesures strictes de protection contre les radiations non ionisantes liées aux antennes de téléphonie mobile au

niques dans chacune des trois régions du pays⁸⁵⁶, ainsi qu'en Communauté germanophone qui exerce cette compétence en ce qui concerne les règles urbanistiques⁸⁵⁷. En ce qui concerne la région bruxelloise, le Règlement Régional d'Urbanisme (RRU)⁸⁵⁸ énonce des règles relatives à la volumétrie, aux gabarits et à l'implantation des constructions, etc. Son article 8 prévoit que les antennes de téléphonie mobile ne peuvent dépasser la hauteur des constructions sur lesquelles elles sont fixées, comprenant les étages techniques, les étages en retrait et les cabanons d'ascenseurs, de 4 mètres, augmenté s'il échet de la hauteur du mur acrotère.

Le Conseil d'État a précisé que la mention des étages techniques ne modifie pas le point de référence pour calculer ce dépassement « lorsque dans la situation préexistant à une demande de permis de tels [les cabanons d'ascenseurs] ne sont pas intégrés à la toiture d'un immeuble »⁸⁵⁹.

D'autre part, le Conseil d'État a annulé certaines dispositions de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 décembre 2016⁸⁶⁰ pour défaut de motivation, « considérant que dans le cas où une demande de permis d'environnement est introduite pour une antenne micro qui est située à plus de 50 mètres d'une antenne macro mais à moins de 200 mètres de celle-ci, la zone d'investigation à étudier ne comprendra pas l'antenne macro et, par conséquent, les rayonnements émis par celle-ci ne seront plus pris en compte pour l'instruction de la demande de permis de l'antenne micro [alors] qu'il n'est (...) pas exclu que des antennes micros soient utilisées non pour "combler les trous" laissés par le réseau des antennes macros, mais pour renforcer la capacité d'un réseau aux endroits où les utilisateurs sont nombreux; qu'en l'absence d'investigation *a priori* en ces lieux, un risque de dépassement de la norme ne peut être écarté», et étant donné que « rien n'indique pour quelle raison le Gouvernement a estimé devoir généraliser des règles qui, de son propre aveu, ne se justifient que "parfois", ni s'il était exagérément compliqué de prévoir une exception ou

titre de leur compétence générale en matière de protection de l'environnement, quand bien même ces mesures contribuent à la protection de la santé publique, laquelle relève de la compétence de l'État fédéral.

⁸⁵⁶ Voy. notamment IBPT, Étude du 12 septembre 2018 concernant l'impact des normes de rayonnement bruxelloises sur le déploiement des réseaux mobiles; disponible à l'adresse https://www.bipt.be/file/cc73d96153bb-d5448a56f19d925d05b1379c7f21/e1ceefe345e3ca690f8862de566c4a605fad5d8/Studie_impact_Brusselse_stralingsnormen_uitrol_mobiele_netwerken.pdf.

⁸⁵⁷ Le décret du 6 mai 2019 adopté par le Parlement wallon (*M.B.*, 23 juillet 2019) et le décret du 29 avril 2019 adopté par le Parlement de la Communauté germanophone (*M.B.*, 12 juin 2019) actent ce transfert pour l'aménagement du territoire, mis en œuvre par accord de coopération du 14 novembre 2019 entre la Région wallonne et la Communauté germanophone relatif à l'exercice des compétences en matière d'aménagement du territoire et de certaines matières connexes et le décret-programme du 12 décembre 2019 de la Communauté germanophone (*M.B.*, 13 janvier 2020). Les normes environnementales wallonnes restent d'application.

⁸⁵⁸ Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 novembre 2006 arrétant les Titres I^{er} à VIII du Règlement régional d'urbanisme applicable à tout le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 19 décembre 2006. Le RRU limite la possibilité des communes pour adopter des règlements communaux d'urbanisme applicables à tout le territoire communal, sauf s'ils portent sur une matière non réglée au niveau régional ou de préciser en les complétant les règlements régionaux. Pour l'interprétation de ces notions, voy. C.E. (15^e ch.), arrêt 6 mai 2019, n° 244.391, *Commune d'Anderlecht*.

⁸⁵⁹ C.E. (15^e ch.), 29 juin 2018, arrêt n° 242.019, *Commune d'Etterbeek*.

⁸⁶⁰ Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 décembre 2016 modifiant l'arrêté du 30 octobre 2009 relatif à certaines antennes émettrices d'ondes électromagnétiques et l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 mars 1999 fixant la liste des installations de classe IB, IC, ID, II et III en exécution de l'article 4 de l'ordonnance de 5 juin 1997 relatives aux permis d'environnement, *M.B.*, 12 janvier 2017.

une procédure simplifiée pour les cas où le temps manque vraiment entre le moment où la position exacte de l'antenne temporaire ou de l'antenne déplacée est déterminée et sa mise en service»⁸⁶¹.

Le Conseil d'État a par ailleurs admis que quand le gouvernement de la région accorde un permis pour une antenne de communications mobiles, une motivation sommaire est permise, si «cette motivation témoigne d'un examen de l'admissibilité du projet sur le plan esthétique et peut être jugée suffisante compte tenu du caractère intrinsèquement peu élégant de telles installations (...) qu'en invoquant la hauteur limitée des mâts et leur impact esthétique réduit, le Gouvernement a exprimé pourquoi il estimait pouvoir accorder, pour les besoins d'un service d'utilité publique, une dérogation à l'interdiction prévue par le p.p.a.s. sans dénaturer les objectifs de celui-ci»⁸⁶². Le Conseil d'État a rejeté une demande d'annulation d'un permis accordé pour le placement d'antennes de mobilophonies sur un poteau d'éclairage en zone d'espaces verts, constatant que le fonctionnaire délégué motive la dérogation accordée par le refus de demandes portant sur des projets situés à proximité et que «le mât s'apparente à un poteau d'éclairage; que des luminaires y seront à cet effet placés»⁸⁶³.

De même, le Conseil d'État a rejeté un recours contre un permis d'urbanisme accordé pour l'érection d'un pylône et d'antennes de communications mobiles le long d'une voie de chemin de fer, qui avait tenu compte «des contraintes techniques résultant des normes maximales de radiations non ionisantes applicables pour apprécier, au regard de sa conception du bon aménagement des lieux, l'équilibre entre les besoins auxquels le projet entendait pourvoir et les nuisances qu'il créait»⁸⁶⁴. Le principe de précaution n'implique pas que l'auteur de l'acte attaqué examine tous les scénarii possibles, car «le respect des normes environnementales est contrôlé dans le cadre de l'instruction des permis d'environnement, cette question relevant effectivement de la compétence de l'autorité statuant en matière de police administrative de l'environnement»⁸⁶⁵. Les requérants avaient en effet contesté le motif énoncé dans l'acte attaqué, selon lequel les effets induits par l'exploitation de la station de télécommunication litigieuse «ne sont pas de nature à causer des nuisances aux riverains dès lors que le respect des normes édictées par le législateur et le gouvernement assure l'innocuité des radiations émanant de la station». Mais le Conseil d'État considère qu'en «renvoyant à la police spéciale de l'environnement pour la question des nuisances liées aux ondes électromagnétiques, ce qui ressort de la motivation de l'acte attaqué, la partie adverse a fait une correcte application du principe d'indépendance des polices spéciales», et que les requérants «n'indiquent pas quelle raison urbanistique aurait dû amener celle-ci à apprécier ces nuisances indépendamment de l'examen de la demande de permis d'environnement»⁸⁶⁶.

En Région flamande, la mise en service d'antennes mobiles est interdite à défaut d'attestation de conformité aux normes générales de qualité environnementale fixées à l'article 6.10.2.2, § 1^{er}, du *Vlarem II*⁸⁶⁷. Mais la délivrance d'une telle attestation ne dispense pas l'autorité qui autorise

⁸⁶¹ C.E. (15^e ch.), 30 mai 2018, arrêt n° 241.670, *A.S.B.L. Inter-Environnement Bruxelles*, pp. 10-11.

⁸⁶² C.E. (15^e ch.), 29 juin 2018, arrêt n° 242.020, *Commune d'Ixelles*, p. 8.

⁸⁶³ C.E. (13^e ch.), 30 avril 2019, arrêt n° 244.337, *Antoine Anne*, p. 7.

⁸⁶⁴ C.E. (15^e ch.), 15 janvier 2020, arrêt n° 2 46.646, *de Dessus Les Moustier Bernard e.a.*, p. 11.

⁸⁶⁵ *Idem*.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁸⁶⁷ Arrêté du Gouvernement flamand du 1^{er} juin 1995 fixant les dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène de l'environnement (Addendum – *Vlarem II*), *M.B.*, 29 septembre 1995. L'article 6.10.2.1, § 1^{er}, de cet arrêté fixe

l'implantation de l'antenne de l'obligation de tenir compte de la situation spécifique prévalent à l'endroit concerné, comme prévu par l'article 4.3.1, paragraphe 2, du code flamand de l'aménagement du territoire (VCRO)⁸⁶⁸ et de motiver sa décision à cet égard⁸⁶⁹.

b. *Redevances administratives*

279. Compatibilité des taxes sur mâts, pylônes ou antennes avec le droit de l'UE. La multiplication des taxes sur les mâts, pylônes ou antennes imposées aux opérateurs de communications mobiles par les autorités locales et provinciales a continué de générer un contentieux important, basé sur des griefs multiples. La Cour de justice de l'UE a précisé⁸⁷⁰ que sont régies par le droit de l'UE, non seulement les redevances d'autorisation des réseaux et services de communications électroniques⁸⁷¹ imposées par les ARNs, mais également par d'autres autorités administratives, comme des municipalités notamment pour la mise en place d'infrastructures matérielles permettant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques. « Afin de pouvoir exercer le droit d'installer des câbles destinés à un réseau public de communications électroniques (...) les fournisseurs de réseaux de communications électroniques peuvent être tenus de verser aux autorités publiques des droits, tels que ceux dont le paiement a été réclamé à X par la commune d'Amersfoort (...) Dans ce cadre, il convient de considérer que le fait générateur de tels droits est lié au droit des entreprises habilitées à fournir des réseaux de communications électroniques de mettre en place des [infrastructures]; Le fait que la commune d'Amersfoort ne constitue une ARN (...) ne fait pas obstacle à ce que les droits dont le paiement a été demandé à X doivent être examinés à l'aune de l'article 13 de la directive "autorisation"⁸⁷². En effet, dans le « contexte réglementaire dans lequel s'inscrit l'article 13 de la directive "autorisation", il importe de relever que le texte de cette disposition correspond, en ce qui concerne l'autorité visée, à celui de l'article 11, paragraphe 1, de la directive "cadre", lequel renvoie à la situation où l'"autorité compétente" examine une demande en vue de l'octroi de droits pour permettre la mise en place de ressources sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques ou privées. Pour ce qui est de la finalité de la directive "autorisation", il convient de relever que, ainsi qu'il ressort de son article 1^{er}, paragraphe 1, lu à la lumière de son considérant 1, cette directive vise à abaisser le coût de l'accès au marché dans le but de faciliter la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques dans l'ensemble de l'Union »⁸⁷³.

un plafond de rayonnement variant de 3 V/m par émetteur dans la bande 900 Mhz à 4,5 V/m dans la bande 3500 et un plafond cumulatif variant de 21 V/m par site dans la bande 900 Mhz à 31 V/m dans la bande 3500. Voy. notice explicative disponible sur <https://omgeving.vlaanderen.be/normen-zendantennes>. En guise de comparaison, pour la bande 900 MHz le plafond cumulatif est 6 V/m à Bruxelles et 3 V/m en Wallonie.

⁸⁶⁸ Code flamand de l'aménagement du territoire du 15 mai 2009 (voy. arrêté du Gouvernement flamand du 15 mai 2009 portant coordination de la législation décrétable relative à l'aménagement du territoire *M.B.*, 20 août 2009).

⁸⁶⁹ C.E. (7^e ch.), 2 mai 2019, arrêt n° 244.355, *Patrick Aerts e.a.*, point 17 et C.E. (7^e ch.), 24 octobre 2019, arrêt n° 245.874, *Ivan De Bruyne e.a.*, p. 8, point 9.

⁸⁷⁰ C.J. (gde ch.), 30 janvier 2018, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort c. X*, et *Visser Vastgoed Beleggingen c. Raad van de gemeente Appingedam*, aff. jointes C-360/15 et C-31/16, EU:C:2018:44, point 78 et dispositif.

⁸⁷¹ À l'époque, article 13 de la directive « autorisation ». Voy. notamment C.J., 6 octobre 2015, *Ville de Mons c. Base Company*, aff. C-346/13, EU:C:2015:649, point 21 et jurisprudence citée.

⁸⁷² *Ibid.*, points 70 à 72.

⁸⁷³ *Ibid.*, points 73 à 77.

280. Détermination du fait générateur d'une taxe communale. Toutefois, pour déterminer si des taxes communales sur des ressources associées au déploiement de réseaux de communications mobiles, telles que des pylônes, sont compatibles avec le droit de l'UE, les cours belges se limitent en général à examiner si le fait générateur de telles taxes est l'autorisation des réseaux concernés et non pas celle de l'établissement et de l'utilisation des infrastructures concernées. Ainsi, la cour d'appel de Liège considère que « la jurisprudence de la Cour de justice (...) n'entend pas prohiber les taxes portant sur les infrastructures de communication mais seulement soumettre les redevances qui sont la contrepartie du droit de mettre en place des ressources aux conditions prévues par la directive » et que le fait générateur de la taxe de la commune de Gesves n'est pas « lié à la procédure d'autorisation générale, la taxe étant imposée à tout propriétaire de mât, pylône ou structure en site propre affectée à un système global de communication mobile ou à tout autre système d'émission et/ou de réception de signaux de communication sans égard au fait qu'il soit ou non titulaire d'une autorisation octroyée en application de la directive »⁸⁷⁴. De même, la cour d'appel de Gand⁸⁷⁵ constate d'une part que la taxe, telle qu'elle a été conçue ici, n'a aucun rapport avec la procédure générale d'autorisation en vertu de laquelle les entreprises de télécommunications obtiennent le droit de proposer des réseaux et services de communications électroniques.

281. Égalité de traitement. Le fait que les redevances communales ne s'appliquent en pratique qu'aux seuls pylônes utilisés pour les réseaux de communications mobiles n'est pas considéré par les cours belges comme une discrimination. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles estime qu'un règlement-taxe contient « une différence de traitement raisonnablement justifiée en raison du but de cette taxe, entre d'une part, les antennes relais de mobilophonie pour lesquelles la commune de Schaerbeek a considéré qu'elles prolifèrent sur le territoire de la commune et qu'il y a lieu de compenser et de dissuader cette prolifération et, d'autre part, les autres antennes servant à la transmission de données pour lesquelles la commune de Schaerbeek a considéré qu'il n'y a pas de prolifération »⁸⁷⁶. De même, la cour d'appel de Liège rejette l'argument selon lequel le fait que, par exemple, les pylônes de ligne à haute tension ne sont pas soumis à la taxe communale constituerait une discrimination en argumentant que les deux situations sont incomparables⁸⁷⁷. En outre, « la comparabilité ne peut se réduire à la forme physique de l'objet dont la propriété rend redevable de la taxe, sans prendre en compte ses autres caractéristiques telles que les fonctions qu'il remplit, les besoins qu'il permet de rencontrer, l'éventuelle activité économique à laquelle il participe ainsi que les réglementations auxquelles il doit être conforme, qui le distinguent objectivement, ainsi que son propriétaire, de ceux qui ne sont pas frappés par la taxe. Eu égard à ces critères, il n'est en rien établi que la situation des propriétaires des pylônes affectés à un système global de communication mobile ainsi que tout autre système d'émission/réception de signaux de communication serait comparable à celle des propriétaires d'autres types de pylônes »⁸⁷⁸. La cour d'appel de Gand⁸⁷⁹, quant à elle, précise qu'il appartient à l'autonomie fiscale des communes de déterminer des exonérations éventuelles sur des motifs objectifs. La cour d'appel considère

⁸⁷⁴ Liège (9^e ch. A), 6 février 2019, n° 2017/RG/791, n° F-20190206-30, https://www.stradalex.com/fr/sl_src_publ_jur_be/document/app_F-20190206-30.

⁸⁷⁵ Gand (5^e ch.), 5 novembre 2019, n° 2018/AR/1651, *L.R.B.*, 2019 (sommaire M. DE JONCKHEERE), liv. 4, 65.

⁸⁷⁶ Bruxelles (6^e ch.), 8 mars 2018, n°s 2009/AR/823 et 2009/AR/2218, *R.F.R.L.*, 2018/2, p. 146.

⁸⁷⁷ Liège (civ.) (9^e ch.), 14 février 2020, n° 2018/RG/354, *R.F.R.L.*, 2020/2, p. 177.

⁸⁷⁸ Liège (9^e ch. civile A), 14 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/2, p. 93.

⁸⁷⁹ Gand (5^e ch.), 5 novembre 2019, n° 2018/AR/1651, *L.R.B.*, 2019 (sommaire M. DE JONCKHEERE), liv. 4, 65.

dès lors que la distinction entre les constructions verticales pour la production d'électricité verte et d'autres constructions verticales est parfaitement objective. Dans un arrêt ultérieur, la même cour estime qu'une taxe sur les mâts et pylônes était raisonnable à la lumière du but, de la nature et des effets de la taxe – à savoir offrir une compensation aux nuisances visuelles dans l'espace ouvert –, et que le fait que d'autres constructions plus larges causaient des nuisances visuelles comparables était dénué de pertinence, parce que, en tout état de cause, il s'agit d'un autre type d'impact sur le paysage et que la détermination des paramètres de taxes relève de l'autonomie fiscale du conseil communal⁸⁸⁰. La cour d'appel semble néanmoins ne pas avoir tenu compte des contraintes posées par le droit des aides d'État de l'UE pour favoriser dans le cadre de règlements fiscaux certaines activités, comme la production d'énergie verte, en leur accordant un avantage sélectif. Les communes ne peuvent en effet pas faire usage du pouvoir d'appréciation dont elles disposent dans le cadre de leur autonomie fiscale pour concevoir des paramètres de manière manifestement discriminatoire, dans le but de contourner les exigences découlant du droit de l'Union en matière d'aides d'État⁸⁸¹.

282. Affectation de ressources associées (antennes) à une activité de service public. Les antennes relais de mobilophonie «ne constituent pas des biens improductifs de revenus ou de jouissance en raison de leur affectation à une activité de service public»⁸⁸². De tels biens ne sont pas productifs de ressources ou de jouissance, mais participent à la mission de service public des pouvoirs publics. En revanche, «les antennes relais de mobilophonie constituent des infrastructures nécessaires à l'exploitation de ses activités dans un but lucratif»⁸⁸³.

283. La taxe régionale wallonne. Face à la multiplication des taxes sur les mâts de diffusion imposées par les communes en Wallonie, la région avait institué respectivement pour les années budgétaires 2014, 2015 et 2016 une taxe régionale ayant le même objet que les taxes communales, à la place de ces dernières, prévoyant en parallèle la rétrocession du produit de cette taxe régionale aux communes via une majoration des recettes du Fonds des communes. La Cour constitutionnelle avait annulé ces taxes régionales⁸⁸⁴, tout en maintenant les effets des dispositions annulées.

Toujours en vue d'assurer une bonne couverture de réception de communications mobiles en Wallonie, le gouvernement wallon avait, le 22 décembre 2016, conclu un protocole d'accord avec les opérateurs de téléphonie, aux termes duquel la Région s'engageait à veiller à ce qu'elle n'approuverait aucune nouvelle taxe sur les mâts, pylônes et antennes prise par les autorités locales à partir du 1^{er} janvier 2017. Le Conseil d'État a estimé que ce faisant, le gouvernement wallon «admet l'existence d'une obligation contractuelle en son chef de rejet systématique de toute

⁸⁸⁰ Gand (5^e ch.), 28 mai 2019, n° 2018/AR/838, *L.R.B.*, 2019 (sommaire M. DE JONCKHEERE), liv. 2, 74. Voy. également Gand (fisc.) (5^e ch.), 15 mai 2018, n° 2017/AR/720 concernant un règlement-taxe de la commune de Poperinge; Gand (5^e ch.), 27 novembre 2018, n° 2017/AR/1796; Gand (fisc.) (5^e ch.), 30 janvier 2018, n° 2016/AR/1349 concernant la commune d'Ingelmunster; Gand (5^e ch.), 27 mars 2018, n° 2017/AR/166 concernant la commune d'Avelgem et Gand (5^e ch.), 4 décembre 2018, n° 2017/AR/1273 concernant la commune d'Avelgem.

⁸⁸¹ C.J. (gde ch.), 16 mars 2021, *Commission européenne c. Hongrie*, aff. C-596/19 P, E.U.C.:2021:202, point 50 et la jurisprudence citée.

⁸⁸² Bruxelles (6^e ch.), 8 mars 2018, nos 2009/AR/823 et 2009/AR/2218, *R.F.R.L.*, 2018/2, p. 147.

⁸⁸³ *Idem*.

⁸⁸⁴ Respectivement C.C., 16 juillet 2015, n° 105/2015; C.C., 25 mai 2016, n° 78/2016; C.C., 17 novembre 2016, n° 146/2016.

nouvelle taxe locale sur les mâts, pylônes et antennes. Une telle décision générale et impérative dans le chef de l'autorité de tutelle annihile l'autonomie fiscale des autorités locales, pourtant garantie par la Constitution»⁸⁸⁵.

Depuis 2014, l'enveloppe octroyée au Fonds des communes est complétée d'une part communale de la recette liée à la taxation annuelle, par la Région wallonne, des mâts, pylônes ou antennes affectés à la réalisation, directement avec le public, d'une opération mobile de télécommunications par l'opérateur d'un réseau public de télécommunications. L'article 8 du décret du 17 décembre 2015 contenant le budget général des dépenses de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2016, tel que publié au *Moniteur belge* le 25 janvier 2016, déroge à l'article L1332-5, précité, dans les termes suivants : « (...) pour 2016, de la part communale de 11.189 milliers d'euros résultant, du principe d'affectation de la recette liée à la taxation annuelle, par la Région wallonne, des mâts, pylônes ou antennes affectés à la réalisation, directement avec le public, d'une opération mobile de télécommunications par l'opérateur d'un réseau public de télécommunications ». Le coefficient réducteur appliqué par le gouvernement de la Région wallonne notamment à la quote-part dans les recettes de ces taxes, aux communes ayant adopté, en 2015, un taux inférieur à 2.600 centimes additionnels au précompte immobilier et un taux additionnel à l'impôt des personnes physiques inférieur à 8 %, a fait l'objet d'un contentieux significatif⁸⁸⁶, mais qui dépasse le cadre spécifique de ce chapitre.

284. La taxe provinciale luxembourgeoise sur les pylônes et mats. La province de Luxembourg avait, en 2017, enrôlé une taxe sur les pylônes et mâts, sans avoir au préalable assuré la publication du règlement-taxe sur le site Internet de la province, comme requis par l'article L2213-2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD). Un opérateur avait introduit une réclamation contre cet enrôlement argumentant que la mise en ligne était une condition cumulative avec la publication au Bulletin provincial pour que les actes et règlements des provinces wallonnes acquièrent force obligatoire. La province de Luxembourg avait néanmoins répondu que cette double publication était contraire au principe d'égalité et de non-discrimination, dès lors qu'il n'est pas prévu que les règlements communaux doivent faire l'objet d'une double publication pour avoir force obligatoire. La question a été soumise à la Cour constitutionnelle qui a donné raison à la province de Luxembourg, considérant la double publication non pertinente et non proportionnée au but poursuivi donc pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour indique que « en conditionnant la force obligatoire des règlements et ordonnances provinciaux à la double formalité de l'insertion dans le Bulletin provincial et de la mise en ligne,

⁸⁸⁵ C.E. (15^e ch.), 28 juin 2019, arrêt n° 245.028, *Ville de Lessines*, p. 6. Par arrêt n° 247.563 du 15 mai 2020, le Conseil d'État (15^e ch.) a subséquemment accordé une indemnité réparatrice de 2.850 euros à la ville de Lessines, à charge de la Région wallonne.

⁸⁸⁶ C.E. (15^e ch.), 16 septembre 2019, arrêt n° 245.448, *Ville de Walcourt*; C.E. (15^e ch.), 15 janvier 2020, arrêt n° 246.635, *Commune de Courcelles*; C.E. (15^e ch.), 15 janvier 2020, arrêt n° 246.636, *Commune de Libramont-Chevigny*; C.E. (15^e ch.), 15 janvier 2020, arrêt n° 246.637, *Commune de Silly*; C.E. (15^e ch.), 15 janvier 2020, arrêt n° 246.638, *Ville d'Enghien*, C.E. (15^e ch.), 15 janvier 2020, arrêt n° 246.639, *Commune de Bièvre*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.757, *Commune de Braine-Le-Château*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.758, *Commune de Chaumont-Gistoux*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.759, *Commune de Walhain*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.760, *Commune d'Aywaille*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.761, *Commune de Chaudfontaine*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.762, *Commune de La-Roche-en-Ardenne*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.763, *Commune de Froidchapelle*; C.E. (15^e ch.), 21 janvier 2020, arrêt n° 246.764, *Commune d'Orp-Jauche*.

le législateur décrétal a pris le risque de voir publier deux versions différentes des mêmes règlements et ordonnances. Par ailleurs, en cas de hiatus entre le jour de la publication des règlements et ordonnances provinciaux dans le Bulletin provincial et le jour de leur mise en ligne, la double publication peut avoir une incidence sur la sécurité juridique qui doit être garantie à tous les destinataires de ces règlements et ordonnances»⁸⁸⁷.

4. Accès aux infrastructures physiques (génie civil)

285. Accès aux infrastructures physiques selon la directive 2014/61/UE. La directive 2014/61/UE sur les mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit vise en particulier à promouvoir la réutilisation des infrastructures physiques existantes, à équiper d'infrastructures physiques les bâtiments nouvellement construits et en grande partie rénovés, et à rationaliser les procédures de délivrance d'autorisations pour les travaux de génie civil. La directive avait été transposée au niveau fédéral ainsi que par la Communauté française, la Région et la Communauté flamande, la Communauté germanophone et la Région Bruxelles-Capitale, chacune dans leur domaine de compétence. Toutefois, cette dernière n'avait, plus d'un an et demi après l'expiration du délai de transposition fixé par ladite directive, pas adopté de mesures transposant certaines de ses dispositions, à savoir les définitions figurant à l'article 2, points 7, 8, 9 et 11, à l'article 4, paragraphe 5 et à l'article 8 de ladite directive. La Commission avait dès lors entamé une procédure d'infraction et saisi la Cour de justice. Les dispositions concernées étant relativement marginales, la Belgique avait exprimé, dans son mémoire en duplique, son désaccord avec la Commission quant au détail des mesures restant encore à prendre⁸⁸⁸. Cependant, au cours de l'audience, elle avait abandonné cette défense⁸⁸⁹. Toutefois, l'article 260, § 3, TFUE disposant que la Commission peut demander une astreinte « lorsqu'elle le considère approprié », la Belgique avait contesté que dans une telle situation une astreinte puisse être appropriée dans la mesure où elle s'était – fût-ce progressivement – conformée à son obligation de communication. L'avocat général s'était rangé à cette interprétation, considérant qu'un État membre qui a progressivement communiqué des mesures de transposition « ne saurait être considéré comme ayant manqué à son obligation de communication »⁸⁹⁰. La Cour n'a néanmoins pas suivi l'avocat général. Selon la Cour, afin « de satisfaire à l'obligation de sécurité juridique et d'assurer la transposition de l'intégralité des dispositions de cette directive sur l'ensemble du territoire concerné, les États membres sont tenus d'indiquer, pour chaque disposition de ladite directive, la ou les dispositions nationales assurant sa transposition ». Au stade suivant, la charge de la preuve de l'existence de lacunes incombe à la Commission qui doit en vue de solliciter l'infliction à l'État membre concerné d'une sanction pécuniaire, démontrer « que certaines mesures de transposition font manifestement défaut ou ne couvrent pas l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, étant entendu qu'il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre de la procédure juridictionnelle engagée en application de l'article 260, paragraphe 3, TFUE, d'examiner si les mesures

⁸⁸⁷ C.C., 12 novembre 2020, n° 146/2020, point B.5.7, p. 8.

⁸⁸⁸ C.J. (gde ch.), 8 juillet 2019, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, aff. C-543/17, EU:C:2019:573, point 21.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, point 22.

⁸⁹⁰ Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar dans l'affaire *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, aff. C-543/17, présentées le 11 avril 2019, EU:C:2019:322, point 90.

nationales communiquées à la Commission assurent une transposition correcte des dispositions de la directive en cause »⁸⁹¹.

5. Obligations visant à assurer une concurrence effective sur les marchés des communications électroniques⁸⁹²

a. La procédure de définition des marchés pertinents

286. Obligation d'analyser les marchés tous les trois ans. Afin de promouvoir la concurrence dans le secteur des communications électroniques, la régulation européenne et belge requière que le régulateur procède à une procédure d'analyse de marché en trois étapes visant à identifier, le cas échéant, des entreprises qui disposent d'un pouvoir de marché (« entreprises puissantes sur le marché »)⁸⁹³ : d'abord la détermination des marchés pertinents c'est-à-dire les marchés qui risquent de présenter un problème de concurrence⁸⁹⁴ (étape 1); ensuite l'analyse de ces marchés afin d'identifier si une entreprise puissante y est active (étape 2); et enfin l'imposition à ces entreprises d'obligations réglementaires appropriées pour faire émerger une concurrence effective

⁸⁹¹ C.J. (gde ch.), 8 juillet 2019, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, aff. C-543/17, EU:C:2019:573, point 59.

⁸⁹² Pour la régulation du pouvoir de marché en matière de communications électroniques par le droit de la concurrence de l'UE, voy. :

- C.J., 25 juillet 2018, *Orange Polska SA c. Commission européenne*, aff. C-123/16 P, EU:C:2018:590 (abus de position dominante, marchés polonais de gros de l'accès fixe à Internet à haut débit);
- Trib., 9 octobre 2018, *1&1 Telecom c. Commission européenne*, aff. T-43/16, EU:T:2018:660 (concentrations, marché de détail des services de télécommunications mobiles et marché de gros de l'accès et du départ d'appel);
- Trib., 9 octobre 2018, *Multiconnect c. Commission européenne*, aff. T-884/16, EU:T:2018:665 (concentrations, marché de détail des services de télécommunications mobiles et marché de gros de l'accès et du départ d'appel);
- Trib., 9 octobre 2018, *Mass Response Service c. Commission européenne*, aff. T-885/16, EU:T:2018:666 (concentrations, marché de détail des services de télécommunications mobiles et marché de gros de l'accès et du départ d'appel);
- Trib., 13 décembre 2018, *Deutsche Telekom c. Commission européenne*, aff. T-827/14, EU:T:2018:930 (abus de position dominante, marché des services de télécommunication à haut débit) (rectification: Trib. (ord.), 18 mars 2019, *Deutsche Telekom c. Commission européenne*, aff. T-827/14 REC, ECLI:EU:T:2019:176) (pourvoi: C.J., 25 mars 2021, *Deutsche Telekom c. Commission européenne*, aff. C-152/19 P, EU:C:2021:238, confirmation);
- Trib., 13 décembre 2018, *Slovak Telekom c. Commission européenne*, aff. T-851/14, EU:T:2018:929 (abus de position dominante, marché slovaque des services de télécommunication à haut débit) (rectification: Trib. (ord.), 18 mars 2019, *Slovak Telekom c. Commission européenne*, aff. T-851/14 REC, EU:T:2019:182) (pourvoi: C.J., *Slovak Telekom c. Commission européenne*, aff. C-165/19 P, EU:C:2021:239, confirmation);
- Trib., 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments c. Commission européenne*, aff. T-399/16, EU:T:2020:217 (concurrence, concentrations, marché de détail des services de télécommunications mobiles, marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles publics) (pourvoi: C.J., *Commission européenne c. CK Telecoms UK Investments*, aff. C-376/20 P, en cours).

⁸⁹³ Art. 14 à 16 de la directive « cadre » ainsi qu'art. 8 à 13ter de la directive « accès »; art. 63 à 81 du Code; art. 54 à 65/2 de la LCE (les réglementations des Communautés ainsi que la réglementation applicable en Région bilingue de Bruxelles-Capitale contiennent des dispositions équivalentes).

⁸⁹⁴ Voy. recommandation 2014/710/UE de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 295/79 du 11 octobre 2014, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2014/710/oj> (recommandation « marchés pertinents, 3^e éd. »). Cette recommandation a été remplacée en 2020 par la recommandation (UE) 2020/2245 de la Commission du 18 décembre 2020 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen, *J.O.U.E.*, L 439/23 du 29 décembre 2020, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2020/2245/oj> (recommandation « marchés pertinents, 4^e éd. »).

(étape 3). L'article 16, paragraphe 6, de la directive « cadre » imposait aux autorités réglementaires nationales de procéder à une nouvelle analyse de marché dans un délai de trois ans à compter de l'imposition d'obligations réglementaires⁸⁹⁵. La question⁸⁹⁶ se posait dès lors de la validité d'obligations imposées en vertu des décisions de la CRC du 3 septembre 2013 en matière tarifaire au-delà du troisième anniversaire de l'analyse de marché effectuée par l'IBPT en 2011. La cour d'appel d'Anvers a néanmoins précisé⁸⁹⁷ que l'obligation de procéder à une nouvelle analyse de marché dans un délai de trois ans n'est qu'une obligation pour les autorités réglementaires nationales. « Si l'expiration de ce délai empêche les autorités réglementaires nationales d'imposer de nouvelles obligations, elles n'entraînent pas l'expiration des obligations réglementaires existantes. Les décisions du 1^{er} juillet 2011 étaient donc parfaitement valides et exécutoires à l'époque des faits » faisant l'objet du litige. Mais quand bien même il y aurait expiration des obligations en raison de l'absence d'une nouvelle analyse de marché, l'obligation générale de diligence raisonnable prévue à l'article 1382 du Code civil, et mise en œuvre dans le cadre du droit de la concurrence à l'article VI.104 du Code de droit économique, continuerait de s'appliquer⁸⁹⁸. Or, il est généralement admis que le refus de contracter peut, dans certaines circonstances, constituer une négligence ou une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Par conséquent, un opérateur puissant normalement diligent aurait dû savoir que, comme il n'y avait pas eu de changements significatifs sur le marché après l'expiration de la période de trois ans (ainsi qu'il ressort de la décision de la CRC du 29 juin 2018), il était en droit de supposer qu'il était toujours tenu d'agir dans l'esprit de ces obligations lorsque d'autres opérateurs de télécommunications lui ont demandé de développer leurs propres profils haut débit. Le préjudice causé par l'absence d'offre d'un tel profil ouvre droit à réparation.

287. Délimitation de marchés différente de celle de la recommandation « marchés pertinents, 3^e éd. »⁸⁹⁹. La question de la marge de manœuvre du régulateur pour appliquer une délimitation différente de celle opérée par la Commission européenne s'est posée dans le cadre des recours contre les décisions⁹⁰⁰ de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut

⁸⁹⁵ L'obligation de révision périodique est maintenue dans le Code, toutefois l'intervalle entre révisions a été porté à 5 ans (art. 67, § 5, du Code).

⁸⁹⁶ Dans plusieurs arrêts, la cour d'appel de Bruxelles avait invoqué le dépassement du délai des trois années pour procéder à une analyse des marchés comme motif d'annulation d'une décision de la CRC: « Il n'appartient pas, bien sûr, à la CRC de déterminer elle-même les limites et sanctions des règles juridiques. Le contrôle de légalité effectué par la cour vise à s'assurer que les règles sont suivies. Le fait que la directive-cadre ne détermine pas une sanction spécifique de nullité pour le cas où il n'y a aucune nouvelle analyse de marché effectuée dans un délai de trois ans, n'empêche pas la cour, au cas par cas, de juger de la sanction pour le non-respect des règles précitées (...). Les mesures tarifaires prises en dehors de la période de trois ans après qu'une analyse de marché ait été effectuée ne sont plus supportées par des éléments ressortant d'une analyse de marché désuète » (Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/329, 401, 422, 424, 464, et 2016/AR/651, 740, 747, 749 et 752, p. 52 (Région de langue française)). Un raisonnement identique est repris dans les arrêts concernant la Région de langue néerlandaise (Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/328, 400, 423, 466 et 2016/AR/653, 738, 748, 754, pp. 47-48); la Région bilingue de Bruxelles-Capitale (Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/331, 399, 426, 465 et 2016/AR/650, 739, 746, 753, pp. 48-49) et la Région de langue allemande (Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n^{os} 2014/AR/330, 425 et 2016/AR/649, 750, p. 48). Voy. chronique, période 2015-2017, § 334.

⁸⁹⁷ Trib. entr. Anvers, div. Malines (3^e ch.), 14 février 2020, n^o A/19/00302, point 15, p. 10.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, point 16.

⁸⁹⁹ Point 2 de la recommandation « marchés pertinents, 3^e éd. ».

⁹⁰⁰ Voy.:

– décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques du 29 juin 2018 relative à l'analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle, *corr.* 11 juillet 2018 (www.ibpt.be);

débit et de la radiodiffusion télévisuelle (ces décisions sont traitées plus en détail aux §§ 264, 289, 293 et 294)⁹⁰¹.

Dans ces décisions, la CRC a déterminé quatre marchés de gros pertinents (voy. *infra*, § 293), parmi lesquels deux marchés de la fourniture en gros d'accès central («bitstream – débit binaire»), alors que la recommandation «marchés pertinents» de 2014 de la Commission n'en identifie qu'un seul. Les offres de gros d'accès central au niveau régional ou national permettent à des opérateurs tiers, ne disposant pas de réseaux propres déployés jusqu'aux utilisateurs finaux, d'offrir les mêmes services que l'opérateur puissant à ces utilisateurs en utilisant les équipements électroniques de l'opérateur puissant, et ce sans devoir déployer son propre réseau jusqu'au niveau local (voy. marché de la fourniture d'accès local, § 293). En fait, la CRC avait sous-divisé le marché de la fourniture en gros d'accès central défini par la Commission en deux marchés distincts: celui de l'accès fourni à des réseaux cuivre – fibre optique; et celui fourni sur les réseaux de câblodistribution. Cette sous-division du marché de l'accès central selon le type de technologie sous-jacent (réseau en fils de cuivre / fibre optique) étant – au niveau européen – une spécificité belge, avait été contestée par les opérateurs régulés. Toutefois, la Cour des marchés a rejeté leurs griefs en soulignant la marge discrétionnaire accordée aux régulateurs. Selon la Cour, le marché défini par la recommandation «inclut les produits d'accès à un débit binaire sur cuivre et fibre. Il peut également inclure des produits de gros d'accès à un débit binaire sur câble. (Ce) marché (...) doit être défini au regard des "circonstances nationales"⁹⁰², en tenant compte de la nécessité d'assurer la "neutralité technologique"⁹⁰³.

288. Application du test des trois critères prévu par la recommandation «marchés pertinents, 3^e éd.». Le «test des trois critères»⁹⁰⁴ utilisé par la Commission européenne d'abord et par les régulateurs nationaux ensuite pour recenser les marchés de produits et de services qui seront soumis à régulation s'ils présentent une entreprise puissante, implique une marge de discrétion importante pour les régulateurs. Seule une erreur manifeste d'appréciation peut être sanctionnée. À l'occasion d'un autre recours, la Cour avait ainsi rappelé que «(L)e constat éventuel d'une "position dominante" n'empêche pas de considérer que le deuxième critère du test des trois critères n'est pas rempli. Par exemple, en faisant le constat que la structure du marché présente une évolution réelle

– décision de la CRC du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue néerlandaise, *corr.* 11 juillet 2018 (www.vlaamseregulatormedia.be);

– décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française, *corr.* 11 juillet 2018 (www.csa.be);

– décision de la CRC du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue allemande, *corr.* 11 juillet 2018 (www.medienrat.be).

Respectivement applicables au territoire national, à la région de langue flamande, à la région de langue française et à la région de langue allemande.

⁹⁰¹ Cf. après «les décisions de la CRC du 29 juin 2018». Pour une synthèse de ces décisions, voy. CRC, *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la radiodiffusion*, Communiqué de presse, 29 juin 2018, disponible sur www.ibpt.be (opérateurs – publications).

⁹⁰² Comme «l'existence d'une infrastructure câblée très développée, "dupliquant" l'infrastructure de la paire de cuivre (et de la fibre)» (Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 4 septembre 2019, n^{os} 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, p. 99).

⁹⁰³ *Idem*.

⁹⁰⁴ Ce test prévoit trois critères qui doivent être tous remplis: 1. l'existence d'obstacles à l'entrée sur le marché importants et non transitoires; 2. la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une concurrence effective; 3. le droit de la concurrence seul ne peut pas remédier aux défaillances du marché constatées: point 2 de la recommandation «marchés pertinents, 3^e éd.» et actuellement art. 67, § 1^{er}, al. 2 et 3, du Code.

et suffisante vers une situation de concurrence effective à terme malgré la présence actuelle d'une entreprise dominante (deuxième critère)⁹⁰⁵. «(U)ne tendance vers la concurrence effective n'implique pas nécessairement que le marché va atteindre le statut de concurrence effective endéans la période d'analyse. Cela veut simplement dire qu'il y a des preuves claires d'une dynamique dans le marché, endéans la période d'analyse, qui indiquent que le statut de concurrence effective sera atteint dans un futur proche sans régulation *ex ante* dans le marché concerné»⁹⁰⁶. Pour la Cour des marchés, «la motivation peut être exprimée succinctement, à condition qu'elle soit suffisante et claire»⁹⁰⁷. Par ailleurs, «le non-respect d'un seul des trois critères signifie qu'un marché ne doit pas être considéré comme susceptible d'être soumis à une réglementation *ex ante*»⁹⁰⁸.

b. La procédure de consultation européenne concernant la puissance significative sur le marché

289. La procédure de consultation européenne. La directive «cadre», et maintenant le Code, chargent les autorités réglementaires nationales (ARN) de la réalisation d'analyses des marchés pertinents (voy. *supra*, § 286), lesquelles peuvent conduire à l'imposition par les ARN d'obligations réglementaires spécifiques, également dénommées «mesures correctrices», pour des opérateurs disposant d'une puissance significative sur l'un des marchés relevant. Mais, lorsque les ARN entendent prendre des mesures correctrices, elles doivent, dans certains cas, procéder, d'une part, à une consultation publique au niveau national permettant de recueillir les observations des parties intéressées sur le projet de mesures et, d'autre part, à une consultation au niveau de l'Union impliquant tant la Commission européenne que les ARN des autres États membres et l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)⁹⁰⁹ (ci-après la «procédure de consultation européenne»). La Commission peut adresser à l'ARN concernée des observations, dont l'ARN doit ensuite tenir «le plus grand compte»⁹¹⁰. La Commission peut toutefois émettre des réserves et décider de prolonger l'examen d'un projet de mesures mis à disposition par une ARN en ouvrant un nouveau délai dans le cadre d'une nouvelle phase de la procédure de consultation européenne (ci-après la «seconde phase de la procédure de consultation européenne»), pour autant que les mesures envisagées visent à définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés par la Commission ou à désigner ou non une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché (ci-après une «PSM») et que cette ou ces mesures auraient des incidences sur les échanges entre les États membres. Les entreprises concernées ne sont pas parties à cette procédure. En revanche, ces entreprises disposent d'un droit de recours national contre les mesures finales adoptées par les ARN. Compte tenu de l'incidence d'observations éventuelles de, ou de l'ouverture de la procédure par,

⁹⁰⁵ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 22 janvier 2020, n° 2019/AR/1470, point 72, p. 37.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, point 56, p. 27.

⁹⁰⁷ *Idem.*

⁹⁰⁸ Recommandation de la Commission européenne «marchés pertinents, 3^e éd.» du 9 octobre 2014, cons. 17, cité par la Cour des marchés dans son arrêt du 22 janvier 2020, n° 2019/AR/1470, point 60, p. 31.

⁹⁰⁹ Règlement (UE) 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et l'Agence de soutien à l'ORECE (Office de l'ORECE), modifiant le règlement (UE) 2015/2120 et abrogeant le règlement (CE) n° 1211/2009, *J.O.U.E.*, L 321/1 du 17 décembre 2018, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1971/oj>.

⁹¹⁰ Art. 7 de la directive «cadre». Actuellement, article 32 du Code. À cet égard voy. aussi Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n° 2014/AR/329, 401, 422, 424, 464 et 2016/AR/651, 740, 747, 749, 752, pp. 32-38, voy. chronique, période 2015-2017, § 338.

la Commission sur le contenu de ces mesures finales, des entreprises ont essayé d'attaquer les décisions de la Commission de ne pas ouvrir la seconde phase de la procédure, mais à chaque fois le tribunal avait rejeté les recours comme irrecevables⁹¹¹. En 2018 la question a été soulevée par Telenet dans le cadre du recours porté devant la cour d'appel de Bruxelles⁹¹² contre les décisions de la CRC (Conférence des régulateurs du secteur des Communications électroniques) du 29 juin 2018 relatives à l'analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle⁹¹³. Telenet argumentait notamment que «la Commission a violé l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2002/21/CE et a abusé de son pouvoir d'appréciation en n'ouvrant pas d'enquête de Phase II»⁹¹⁴. Le 13 février 2019 Telenet a cependant informé la Cour de son souhait de retirer sa demande⁹¹⁵. Cette demande fait suite à l'arrêt interlocutoire du 3 octobre 2018 de la Cour des marchés, rejetant la demande de cette dernière de suspendre les décisions de la CRC du 29 juin 2018 tout en décidant de sursoir à statuer au fond sur la demande en annulation de ces décisions jusqu'à ce que le litige devant le Tribunal dans l'affaire T-470/18 *Telenet c. Commission européenne* soit tranché⁹¹⁶.

290. Des décisions de réfection ré-adoptant des conclusions identiques à celles d'une décision annulée ne doivent pas être soumises à une nouvelle consultation. Selon la Cour des marchés, l'IBPT n'est pas automatiquement obligé de tenir à nouveau une consultation en cas de réfection⁹¹⁷ d'une décision annulée. Les obligations d'actualisation des données prévues aux articles 8/1, § 1^{er}, a) et 55, § 1^{er}, de la LCE, et de consultation prévue à l'article 141 de la LCE «doivent être interprétées raisonnablement et il n'y a aucune raison pour que cette interprétation mène à des règles plus strictes que le contenu que les législateurs (européens et nationaux) donnent aux textes utilisés. Après la consultation, il est de la responsabilité de l'IBPT de prendre de façon autonome une décision. Cette décision doit – en conformité avec les règles légales – tenir compte des observations obtenues et doit être dûment motivée. Le projet de décision d'analyse de marché a été soumis aux consultations prévues par la LCE, avant annulation (pour raisons strictement procédurales). Dès lors que la décision de réfection s'est contentée de ré-adopter l'analyse de marché à l'identique, sept mois seulement après avoir été finalisée, aucune nouvelle consultation ne devait être organisée»⁹¹⁸.

⁹¹¹ Voy. T.P.I. (ord.), 12 décembre 2007, *Vodafone España et Vodafone Group c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-109/06, EU:T:2007:384; T.P.I. (ord.), 22 février 2008, *Base c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-295/06, ECLI:EU:T:2008:48. Voy. chronique, période 2002-2008, § 238.

⁹¹² Les recours (en pleine juridiction) contre les décisions de la CRC sont portés devant la cour d'appel de Bruxelles (art. 5, al. 3 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006). En l'espèce, la cause a été redistribuée à la Cour des marchés (chambre 19A de la cour d'appel) par décision du premier président du 7 septembre 2018 (Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), n^{os} 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, p. 13).

⁹¹³ Voy. aussi *supra*, §§ 264, 287 et *infra*, §§ 293, 294.

⁹¹⁴ Recours introduit le 31 juillet 2018 – *Telenet c. Commission européenne* (aff T-470/18), *J.O.U.E.*, C 364/17 du 8 octobre 2018.

⁹¹⁵ Trib. (ord.), 21 mars 2019, *Telenet c. Commission européenne*, aff. T-470/18, ECLI:EU:T:2019:185.

⁹¹⁶ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 3 octobre 2018, n^{os} 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, pp. 43-44 et Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 30 janvier 2019, n^{os} 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, p. 81.

⁹¹⁷ En vertu de l'article 14, § 2, 6^e, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges («loi organique») : «L'institut peut procéder, en respectant les motifs de l'annulation et sans modifier l'étendue de son champ d'application, à la réfection d'une décision annulée par une autorité juridictionnelle lorsque, du fait de cette annulation, un ou plusieurs des objectifs visés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont plus réalisés».

⁹¹⁸ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 22 janvier 2020, n^o 2019/AR/1470, point 50, p. 24.

291. La Cour des marchés n'est pas tenue de s'aligner sur la « jurisprudence d'avis » de la Commission européenne ou une position commune des régulateurs étrangers. « (L)es autorités de régulation nationale sont tenues d'effectuer des analyses de marché "correspondant aux circonstances nationales" de l'État membre dont elles sont, chacune, issues. Le régulateur d'un État membre ni *a fortiori* la Cour des marchés (en vertu de sa pleine juridiction) ne sont tenus de s'aligner sur une "jurisprudence d'avis" de la Commission européenne ou une position commune des autres régulateurs étrangers. Il en va *a fortiori* ainsi des décisions prises par certains régulateurs, individuellement »⁹¹⁹.

292. *Locus standi* des opérateurs pour contester les décisions de la Commission. Vodafone-Ziggo Group BV avait demandé l'annulation de l'ordonnance du Tribunal de l'Union européenne du 9 juillet 2019, par laquelle celui-ci a rejeté comme irrecevable son recours tendant à l'annulation de la lettre du 30 août 2018 de la Commission européenne, adressée à l'ARN des Pays-Bas. Dans son ordonnance, le tribunal⁹²⁰ avait rappelé sa jurisprudence selon laquelle ne peuvent être contestés devant le juge de l'Union au titre de l'article 263 TFUE que les actes qui produisent des effets juridiques contraignants⁹²¹. Lorsqu'il s'agit d'actes dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne, ne constituent en principe des actes attaquables que les mesures qui fixent définitivement la position de l'institution concernée au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale⁹²². Or dans le cas d'espèce, le tribunal constate que « la Commission n'a pas cherché à imposer des obligations juridiquement contraignantes en adoptant l'acte attaqué, une interprétation partagée par l'ACM, le destinataire dudit acte, ainsi qu'il ressort du libellé de sa décision du 27 septembre 2018, en particulier de l'annexe I »⁹²³.

Par ailleurs, le tribunal rappelle que l'efficacité de la procédure de consultation « suppose nécessairement un contrôle juridictionnel unique qui ne soit exercé qu'une fois prises les mesures de l'ARN concernée mettant fin à la procédure administrative, seules susceptibles de produire des effets juridiques contraignants de nature à affecter les intérêts de la requérante, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique. Ainsi, une lecture de l'article 263 TFUE à la lumière du devoir de coopération loyale justifie que les actes pris par les acteurs institutionnels autres que l'ARN concernée ne saurait être soumis au contrôle du juge de l'Union au titre de l'article 263 TFUE »⁹²⁴. En ce qui concerne l'argument tiré de l'obligation des ARNs et des tribunaux nationaux de tenir le plus grand compte des observations faites par la Commission, le Tribunal répond que « d'une part, l'appréciation faite par les juridictions nationales ne pourrait conduire à conférer à un acte pris par une institution de l'Union des effets juridiques contraignants que ne lui reconnaît pas le droit de l'Union. D'autre part, en cas de contestation relative à de telles observations entre les parties à un litige devant la juridiction nationale, cette juridiction peut poser des questions

⁹¹⁹ *Ibid.*, point 67, pp. 34-35.

⁹²⁰ Trib. (ord.), 9 juillet 2019, *VodafoneZiggo Group c. Commission européenne*, aff. T-660/18, EU:T:2019:546.

⁹²¹ En particulier C.J. (gde ch.), 20 février 2018, *Royaume de Belgique c. Commission européenne*, aff. C-16/16 P, EU:C:2018:79, points 31 et 32 et jurisprudence citée.

⁹²² Trib. (ord.), 9 juillet 2019, *VodafoneZiggo Group c. Commission européenne*, aff. T-660/18, EU:T:2019:546, point 30 qui se réfère à C.J.U.E., 22 juin 2000, *Royaume des Pays-Bas c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-147/96, EU:C:2000:335, point 26 et jurisprudence citée.

⁹²³ Trib. (ord.), 9 juillet 2019, *VodafoneZiggo Group c. Commission européenne*, aff. T-660/18, EU:T:2019:546, point 96.

⁹²⁴ *Ibid.*, point 112.

préjudiciables à la Cour»⁹²⁵. Le tribunal avait dès lors déclaré le recours irrecevable. VodafoneZiggo Group BV invoquait trois moyens dans son pourvoi contre cette ordonnance: le tribunal aurait commis une erreur de droit en concluant que l'acte litigieux ne produisait pas d'effets juridiques obligatoires; une erreur de procédure en omettant de répondre à des arguments déterminants pour l'issue du litige; et une erreur de droit en jugeant que son droit fondamental à une protection juridictionnelle effective n'était pas violé par le fait de voir son recours déclaré irrecevable.

La Cour a toutefois rejeté⁹²⁶ tous les moyens estimant notamment que «si les juges nationaux sont, conformément à la jurisprudence rappelée au point 51 du présent arrêt, tenus de prendre en considération, en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, les recommandations, au sens de l'article 288 TFUE, il ne ressort pas de cette jurisprudence que (...) la Cour a jugé que de tels effets sont de ceux qui permettent de qualifier un acte d'«attaquable», au sens de l'article 263 TFUE»⁹²⁷. Elle ajoute que même si des juges dans un État membre se considéraient liés par des observations émises par la Commission dans la procédure, «il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme, qui doit être recherchée en tenant compte non seulement du libellé de celle-ci, mais également du contexte dans lequel elle s'insère et de l'objectif poursuivi par la réglementation dont elle fait partie»⁹²⁸, que la Commission n'est pas obligée de faire des observations sur les projets des ARN, et «que les ARN ne seraient pas autorisées à adopter le projet de mesure notifié tant que la Commission ne s'est pas exprimée au titre de cette dernière disposition et que, par suite, la Commission serait tenue d'agir en réaction à une notification effectuée par une ARN conformément à celle-ci»⁹²⁹. Dès lors, la Cour rejette l'assimilation par le requérant de la procédure de consultation avec une procédure d'autorisation. Enfin, la Cour réfute que le tribunal ait commis une erreur de droit en jugeant que son droit fondamental à une protection juridictionnelle effective n'était pas violé par le fait de voir son recours déclaré irrecevable, car «il est constant que le contrôle juridictionnel du respect de cet ordre juridique est assuré (...) non seulement par la Cour, mais également par les juridictions des États membres, et que ces dernières remplissent, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités»⁹³⁰.

c. La régulation des marchés de la large bande et de la radiodiffusion télévisuelle

293. Les décisions de la CRC de 2018 concernant l'analyse des marchés belges de la large bande et de la radiodiffusion. Comme mentionné au § 287, la CRC qui regroupe les régulateurs

⁹²⁵ *Ibid.*, point 118.

⁹²⁶ C.J., 25 février 2021, *VodafoneZiggo Group c. Commission européenne*, aff. C-689/19P, EU:C:2021:142.

⁹²⁷ *Ibid.*, point 54.

⁹²⁸ *Ibid.*, point 63.

⁹²⁹ *Ibid.*, point 78.

⁹³⁰ *Ibid.*, point 149 qui cite C.J. (ass. plén.), 8 mars 2011, avis 1/09 (accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), EU:C:2011:123, points 66 et 69, ainsi que C.J. (gde ch.), 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-583/11 P, EU:C:2013:625, points 90 et 99.

belges compétents pour les communications électroniques⁹³¹ a adopté le 29 juin 2018 quatre décisions portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle, déterminant quatre marchés de gros pertinents. Sur le marché de la fourniture d'accès local (c'est-à-dire l'accès aux câbles reliant les utilisateurs finals au répartiteur le plus proche dont un se trouve p. ex. au niveau de chaque petit village) qui permet à des opérateurs tiers de fournir, via un accès au réseau de l'opérateur puissant et en utilisant leurs propres équipements électroniques, des produits large bande de masse, comme l'accès à l'internet haut débit, la transmission de données, la voix, à leurs clients, c'est Proximus qui a été désigné comme puissant sur ce marché. Sur les deux marchés de la fourniture en gros d'accès central, la CRC a désigné respectivement Proximus comme opérateur puissant sur le marché d'accès au réseau cuivre – fibre optique, et Brutélé, Telenet et Nethys (actuellement VOO S.A.) comme puissants pour l'accès aux réseaux de câblodistribution. Enfin, sur le marché de gros de la transmission de signaux de télévision sur des réseaux en câble coaxial qui ne fait non plus partie de la recommandation « marchés pertinents, 3^e éd. », Brutélé, Telenet et Nethys furent désignés comme opérateurs puissants sur leurs réseaux respectifs. Ils doivent fournir à un opérateur tiers accès à leur plateforme de télévision numérique et lui permettre de revendre leur offre de télévision analogique. Au-delà des obligations en matière d'accès à proprement parler, Brutélé, Nethys, Proximus et Telenet doivent pratiquer des prix régulés pour les services qu'ils fournissent aux opérateurs concurrents (comme p. ex. Orange Belgium) qui demandent l'accès, et doivent aussi publier des offres de référence. Afin d'inciter les opérateurs puissants à investir, la régulation est réduite, en ce qui concerne les marchés de l'accès local et central, pour les zones non couvertes par une infrastructure offrant des débits de 30 Mbps ou plus, ou couvertes par une seule infrastructure offrant de tels débits.

	Compétence →	Haut débit	Radiodiffusion (télévisuelle)			
	ARN →					
Régions linguistiques ↓		<i>IBPT</i>	<i>IBPT</i>	<i>VRM</i>	<i>CSA</i>	<i>Medienrat</i>
Région de langue néerlandaise		Brutélé VOO S.A. Telenet		VOO S.A. Telenet		
Région de langue française					Brutélé, VOO S.A. Telenet	
Région de langue allemande						VOO S.A.
Région bilingue de Bruxelles-Capitale			Brutélé Telenet			

Source: CRC⁹³²

⁹³¹ Est compétent pour les télécommunications au sens strict: l'IBPT, sont compétents pour la transmission des services de médias: le CSA, le Medienrat et le VRM ainsi que l'IBPT en Région bilingue de Bruxelles-Capitale.

⁹³² Nous traduisons de l'anglais. CRC, Notification pursuant to article 7(3) of the Framework Directive (2002/21/EC) of the draft decisions regarding the monthly rental fees for wholesale access to the cable networks for broadband and TV broadcasting, 6 April 2020, disponible sur <https://circabc.europa.eu/faces/jsp/extension/wai/navigation/container.jsp> (Belgique – registered notifications – 2020 – BE/2020/2244).

294. Le recours contre les décisions de la CRC de 2018 – Le plaignant doit prouver des erreurs d'appréciation manifestes. Brutélé, Nethys et Telenet ont introduit des recours à la cour d'appel de Bruxelles⁹³³ contre les quatre décisions de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle. Dans son arrêt du 4 septembre 2019⁹³⁴ la Cour des marchés a rejeté tous ces recours comme non fondés en droit⁹³⁵. En particulier, la Cour précise que la loi ne prévoit pas qu'elle statue comme « Régulateur Télécom d'appel » et qu'elle « ne pourra pas substituer sa décision à celle du Régulateur uniquement à des fins d'opportunité mais bien en cas d'illégalités ou d'un défaut de proportionnalité de la mesure imposée »⁹³⁶. Or la Cour ne constate ni illégalité ni manque de proportionnalité. Et la Cour de continuer qu'elle « ne doit pas se prononcer sur les griefs qui ne mettent en cause que des questions de politique ou d'opportunité » et qu'elle « limite le contrôle à la question de savoir si les faits sont reproduits de manière exacte et s'il n'y a pas une appréciation manifestement inexacte des faits et si la qualification juridique des faits est exacte, la pleine juridiction implique la possibilité de les constater, de les contrôler et de rectifier les éventuelles fautes commises lors de leur constatation »⁹³⁷. Elle « ne reconsidère donc pas si oui ou non les faits de la cause en ce compris les considérations économiques et techniques pourraient donner lieu à une quelconque autre décision »⁹³⁸. Elle souligne également que la charge de la preuve d'illégalité incombe aux requérants (voy. aussi *supra*, § 260). En ce qui concerne une prétendue violation du principe de non-discrimination, la Cour des marchés trouve que la régulation n'est « pas discriminatoire parce qu'elle traiterait identiquement des opérateurs dans une situation différente. Les mécanismes de contrôle de prix intègrent une marge raisonnable pour l'opérateur de gros, et les tarifs de gros seront déterminés en rapport avec la situation particulière (coûts) de chaque opérateur »⁹³⁹.

E. Service universel⁹⁴⁰

295. Un service « minimum ». L'article 119, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la LCE, tel qu'il était applicable avant son amendement en 2017⁹⁴¹, régissait les obligations pouvant être imposées aux opérateurs en cas de factures impayées. Avant l'interruption complète du service, l'opérateur devait notamment fournir gratuitement un service réduit dans le cadre duquel l'utilisateur final a la possibilité d'être appelé, à l'exclusion des appels payables à l'arrivée, et d'appeler lui-même les

⁹³³ Sur le rapport entre la cour d'appel de Bruxelles et la Cour des marchés, qui est une de ses sections dans ce contexte, voy. *supra*, § 289.

⁹³⁴ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 4 septembre 2019, n^{os} 2018/AR/1446 à 1453 et 1461.

⁹³⁵ Voy. CRC, *La Cour des marchés rejette les recours introduits contre la régulation des marchés de l'Internet large bande et de la radiodiffusion*, Communiqué de presse, 6 septembre 2019, disponible sur www.ibpt.be (opérateurs – publications – contentieux).

⁹³⁶ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 4 septembre 2019, n^{os} 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, pp. 82 et 102-103.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 81. Voy. aussi p. 59 où la Cour cite Cass. (1^{re} ch.), 3 juin 2011, R.G. n^o C.09.0227.N, *Pas.*, 2011/6-7-8, pp. 1593-1594.

⁹³⁸ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 4 septembre 2019, n^{os} 2018/AR/1446 à 1453 et 1461, pp. 81 et 102.

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 104.

⁹⁴⁰ En ce qui concerne la réalisation au moyen d'aides d'État d'une couverture territoriale de services d'Internet à haut débit dans les zones où il n'existait pas encore de telles connexions, voy. C.J. (ord.), 11 mars 2020, *Telecom Italia c. Regione Sardegna*, aff. C-338/19, ECLI:EU:C:2020:197.

⁹⁴¹ Voy. article 25 de la loi du 31 juillet 2017 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *M.B.*, 12 septembre 2017.

services d'urgence. « Il suit de cette disposition que l'utilisateur final n'est pas tenu au paiement des frais d'abonnement pendant la période du service minimum »⁹⁴².

F. Obligations⁹⁴³ visant à assurer la protection des utilisateurs finals et consommateurs

296. Niveau de détail de la facture de base. L'article 4/1 de l'arrêté ministériel du 12 novembre 2009 fixant le niveau de détail de la facture de base en matière de communications électroniques prévoit que pour tout contrat offrant l'accès à Internet, la facture de l'opérateur doit indiquer le volume de données consommées en Megaoctet (Mo) pendant la période de référence. En cas de non-respect de cette obligation, l'imposition d'une amende peut « être un moyen justifié et approprié afin de remédier au manquement constaté. En agissant de la sorte, l'IBPT n'a pas violé le texte clair de la loi »⁹⁴⁴. « La Cour admet que la dissuasion peut être une finalité de la sanction pécuniaire et qu'elle peut être aussi un élément de calcul de la sanction. Le facteur dissuasion a donc comme le dieu romain Janus, deux visages. Elle peut être l'objectif de l'amende et à la fois un élément du calcul de cette dernière puisqu'une partie du montant peut être consacrée à la dissuasion »⁹⁴⁵. Par ailleurs, « (l')article 21 de la Loi Statut ne contient aucune règle et aucun critère lié au calcul de l'amende. La loi Statut en effet ne fixe que les seuils maximaux pour le montant des amendes, mais ne précise pas la méthodologie et les critères que l'IBPT doit appliquer pour le calcul desdites amendes. Dès lors, sous ces seuils maximaux, la détermination du montant de l'amende relève du pouvoir discrétionnaire de l'IBPT »⁹⁴⁶. « Les éventuels manquements d'autres opérateurs ne sont pas de nature à justifier le comportement de Nethys, ni de la prémunir d'une amende »⁹⁴⁷.

297. Compétence pour sanctionner les pratiques commerciales déloyales. En ce qui concerne la protection des consommateurs, la directive « service universel » prévoyait, notamment, à son article 20, paragraphe 1, que les États membres veillent à ce que, lors de la souscription de services fournissant la connexion à un réseau de communications public et/ou de services de communications électroniques accessibles au public, les consommateurs, ainsi que les autres utilisateurs finals qui le demandent, aient droit à un contrat conclu avec une ou plusieurs entreprises fournissant une telle connexion et/ou de tels services⁹⁴⁸. Toutefois, ni l'ancienne directive « service universel », ni l'actuel Code ne contiennent des règles régissant des aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales, telles que la fourniture non demandée, au sens de l'annexe I,

⁹⁴² Cass. (1^{re} ch.), 11 janvier 2019, C.18.0222.N, *Pas.*, 2019, I, n° 16, p. 51.

⁹⁴³ Dans ce contexte, notons que dans son arrêt *Wind Tre*, la Cour de justice a rappelé que les directives « cadre » et « service universel » de 2002 ne prévoient pas une harmonisation complète des aspects relatifs à la protection des consommateurs (C.J., 13 septembre 2018, *Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) c. Wind Tre (anciennement Wind Telecomunicazioni) et Vodafone Italia (anciennement Vodafone Omnitel)*, aff. jointes C-54/17 et C-55/17, EU:C:2018:710, point 64). L'article 101 du Code entend renverser cette situation. Pour l'application du droit commun de la protection des consommateurs harmonisé par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (<http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/2018-07-01>) au secteur des communications électroniques, voy. C.J., 13 septembre 2018, *Starman c. Tarbijakaitseamet*, aff. C-332/17, EU:C:2018:721.

⁹⁴⁴ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 9 décembre 2020, n° 2017/AR/1112, p. 13.

⁹⁴⁵ Bruxelles (Cour des marchés, 19^e ch. A), 11 avril 2018, n° 2017/AR/1109, p. 14.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁴⁸ Cette obligation figure maintenant à l'article 102.3 du Code.

point 29, de la directive 2005/29⁹⁴⁹. Par conséquent, les États membres sont en droit de ne pas attribuer aux ARNs la compétence de sanctionner un tel comportement et « l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2005/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle un comportement constitutif d'une fourniture non demandée, au sens de l'annexe I, point 29, de la directive 2005/29, (...), doit être apprécié au regard des dispositions de cette directive, avec la conséquence que, selon cette réglementation, l'ARN, au sens de la directive-cadre, n'est pas compétente pour sanctionner un tel comportement »⁹⁵⁰.

298. Mise à disposition des informations relatives à la localisation de l'appelant. L'article 26, paragraphe 5⁹⁵¹, de la directive « service universel » impose aux États membres l'obligation de veiller à ce que les entreprises concernées, sous réserve de faisabilité technique, mettent gratuitement à la disposition de l'autorité traitant les appels d'urgence au numéro d'appel d'urgence unique européen « 112 » les informations relatives à la localisation de l'appelant dès que l'appel parvient à ladite autorité. En réponse à une question préjudicielle, la Cour de justice a rappelé avoir déjà précisé que « cette disposition impose aux États membres, sous la condition de faisabilité technique, une obligation de résultat, laquelle ne se limite pas à la mise en place d'un cadre réglementaire approprié, mais exige que les informations sur la localisation de tous les appelants au 112 soient effectivement transmises aux services d'urgence »⁹⁵². La Cour en déduit qu'il « ne saurait être admis que les appels au "112" passés à partir d'un téléphone portable non équipé d'une carte SIM soient exclus du champ d'application de cette disposition »⁹⁵³. Bien que l'article 26, paragraphe 5, confère aux États membres une marge d'appréciation dans la définition des critères relatifs à la précision et à la fiabilité des informations de localisation de l'appelant au numéro d'appel d'urgence unique européen « 112 », les critères que les États membres définissent doivent assurer, dans les limites de faisabilité technique, une localisation de la position de l'appelant aussi fiable et précise que nécessaire pour permettre aux services d'urgence de venir utilement à l'aide de l'appelant.

299. Réglementation des prix des appels entre États membres. Selon l'article 50 du règlement UE 2018/1971⁹⁵⁴, les prix de détail facturés aux consommateurs pour les communications réglementées à l'intérieur de l'Union ne peuvent être supérieurs à 0,19 euro par minute pour les

⁹⁴⁹ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.C.E.*, L 149/22 du 11 juin 2005, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj>.

⁹⁵⁰ C.J., 13 septembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) c. Wind Tre (anciennement Wind Telecomunicazioni) et Vodafone Italia (anciennement Vodafone Omnitel)*, aff. jointes C-54/17 et C-55/17, EU:C:2018:710, point 70.

⁹⁵¹ Actuellement article 109, § 6, du Code.

⁹⁵² C.J., 5 septembre 2019, *AW e.a. c. Lietuvos valstybė*, aff. C-417/18, EU:C:2019:671, point 22, qui se réfère à C.J.U.E., 11 septembre 2008, *Commission des Communautés européennes c. République de Lituanie*, aff. C-274/07, EU:C:2008:497, point 40.

⁹⁵³ *Ibid.*, point 23.

⁹⁵⁴ Règlement (UE) 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et l'Agence de soutien à l'ORECE (Office de l'ORECE), modifiant le règlement (UE) 2015/2120 et abrogeant le règlement (CE) n° 1211/2009, *J.O.U.E.*, L 321/1 du 17 décembre 2018, ELI : <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1971/oj>.

appels et à 0,06 euro par SMS. Ces plafonds correspondent à ceux qui s'appliquent aux prix de détail facturés aux consommateurs pour les communications réglementées en cas d'itinérance dans l'Union⁹⁵⁵. Un opérateur avait demandé l'annulation de cette disposition au tribunal. Ce dernier a néanmoins déclaré le recours irrecevable, les opérateurs de communications électroniques n'étant pas individuellement concernés par la mesure attaquée⁹⁵⁶, car les opérateurs économiques appartenant à la catégorie ouverte visée – les fournisseurs de communications à l'intérieur de l'Union réglementées – n'étaient ni identifiés ni identifiables au moment de l'adoption du règlement. En effet, selon la jurisprudence du tribunal, les opérateurs économiques appartenant à une telle catégorie ouverte ne sont pas individuellement concernés par l'acte en cause⁹⁵⁷. « La requérante est concernée par le règlement attaqué uniquement en sa qualité de fournisseur de communications à l'intérieur de l'Union réglementées, c'est-à-dire au titre d'une situation qui est visée objectivement par le règlement attaqué, sans que le législateur ait pris en compte la situation individuelle de ces opérateurs économiques d'une quelconque manière. En outre, les exigences tarifaires concernant les plafonds que les fournisseurs de communications à l'intérieur de l'Union réglementées sont autorisés à facturer aux consommateurs sont formulées de façon générale et s'appliquent indifféremment à tout opérateur économique qui entre dans le champ d'application du règlement attaqué »⁹⁵⁸. Dans son ordonnance déclarant l'irrecevabilité du recours d'un autre opérateur contre la même disposition, le tribunal ajoute que la circonstance que la requérante ne peut contester la validité du règlement attaqué, directement ou indirectement, devant les juridictions espagnoles « n'est pas de nature à individualiser la requérante par rapport à tout autre opérateur économique actif sur le même marché au regard du règlement attaqué et, en tout état de cause, ne la différencie pas de ses concurrents directs également domiciliés en Espagne »⁹⁵⁹. Le tribunal ajoute que l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne garantit aucunement un droit de recours contre des actes de portée générale, et que « selon la jurisprudence, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux n'a pas pour objet de modifier le système de contrôle juridictionnel prévu par les traités et, notamment, les règles relatives à la recevabilité des recours formés directement devant la juridiction de l'Union, ainsi qu'il découle également des explications afférentes à cet article 47, lesquelles doivent, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de la Charte des droits fondamentaux, être prises en considération pour l'interprétation de celle-ci »⁹⁶⁰.

⁹⁵⁵ Ces prix sont fixés par le 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, *J.O.U.E.*, L 172/10 du 30 juin 2012, ELI : <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/531/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/531/2017-06-15>.

⁹⁵⁶ Trib. (ord.), 21 janvier 2020, *Deutsche Telekom c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-161/19, EU:T:2020:6, point 50.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, point 46 et Trib. (ord.), 23 novembre 2015, *Carsten René Beul c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-640/14, EU:T:2015:907, point 46.

⁹⁵⁸ Trib. (ord.), 21 janvier 2020, *Deutsche Telekom c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-161/19, EU:T:2020:6, point 42.

⁹⁵⁹ Trib. (ord.), 21 janvier 2020, *Telefónica et Telefónica de España c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-162/19, EU:T:2020:7, point 52.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, point 56 ainsi que C.J. (gde ch.), 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 97.

G. Neutralité de l'internet

300. Étendue de l'interdiction d'appliquer un «tarif nul» en faveur de certaines applications. L'article 3 du «règlement internet ouvert» exige des fournisseurs de services d'accès à l'internet de traiter tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur et le destinataire, les contenus consultés ou diffusés, les applications ou les services utilisés ou fournis ou les équipements terminaux utilisés. Dans certains cas, cette obligation implique une limitation de la liberté contractuelle des utilisateurs, qui se voient privés d'offres groupées donnant à chacun des clients qui y a souscrit le droit d'utiliser sans restrictions, dans la limite du volume de données compris dans le forfait qu'il a acheté au fournisseur de services d'accès à Internet, toutes les applications et tous les services disponibles, sans que soit toutefois décomptée l'utilisation de certaines applications et de certains services spécifiques relevant d'un «tarif nul». Selon l'ARN concernée, de telles offres groupées sont interdites par le règlement quand elles prévoient que, une fois épuisé le volume de données acheté, tout client qui y a souscrit peut continuer à utiliser sans restriction les applications et services spécifiques relevant du tarif nul, alors que des mesures de blocage ou de ralentissement du trafic lié à l'utilisation de toute application et de tout service autres que celles et ceux relevant dudit tarif nul seraient prévues. La Cour estime que le règlement ne vise pas seulement à protéger les intérêts des utilisateurs finals, mais également celui des professionnels qui s'appuient sur de tels services d'accès à Internet en vue de fournir ces contenus, ces applications et ces services⁹⁶¹. En outre, «le législateur de l'Union a entendu non pas limiter l'évaluation des accords et des pratiques commerciales d'un fournisseur de services d'accès à Internet donné à tel ou tel accord ou à telle ou telle pratique commerciale, pris individuellement, mais prévoir que soit également effectuée une évaluation d'ensemble des accords et des pratiques commerciales de ce fournisseur»⁹⁶². Or «eu égard à l'incidence cumulée des accords auxquels elles peuvent conduire, [sont] de nature à amplifier l'utilisation de certaines applications et de certains services spécifiques, à savoir celles et ceux qui peuvent être utilisés sans restrictions à un "tarif nul" (...) et, corrélativement, à raréfier l'utilisation des autres applications et des autres services disponibles, compte tenu des mesures par lesquelles le fournisseur de services d'accès à Internet en cause rend celle-ci techniquement plus difficile, voire impossible»⁹⁶³. La Cour estime donc qu'indirectement, l'application d'un tel tarif nul «sur une partie significative du marché est susceptible de limiter l'exercice des droits des utilisateurs finals»⁹⁶⁴. Le raisonnement est général et tout à fait théorique, mais selon la Cour «pour constater cette incompatibilité, aucune évaluation de l'incidence de ces mesures sur l'exercice des droits des utilisateurs finals n'est requise»⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ C.J. (gde ch.), 15 septembre 2020, *Telenor Magyarország c. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (NMHH)*, aff. jointes C-807/18 et C-39/19, EU:C:2020:708, point 39.

⁹⁶² *Ibid.*, point 42.

⁹⁶³ *Ibid.*, point 44.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, point 46.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, point 50.

H. Obligations de diffusion («*must carry*») de chaînes de radio et de télévision

301. Harmonisation partielle selon la directive «service universel». La Cour de justice a confirmé⁹⁶⁶ que les États membres restaient libres d'imposer des obligations de diffuser (*must carry*), au-delà des cas visés à l'article 31, paragraphe 1, de la directive «service universel»⁹⁶⁷. Les États membres peuvent également imposer une telle obligation à des entreprises qui, sans fournir des réseaux de communications électroniques, proposent le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur Internet ou qui retransmettent, au moyen de réseaux satellitaires appartenant à des tiers, des programmes télévisés protégés par un système d'accès conditionnel et offrent à leurs clients des bouquets de programmes télévisés⁹⁶⁸. Un État membre qui impose une obligation de diffuser en dehors du champ d'application de la directive n'est pas lié par les conditions auxquelles doit répondre une telle obligation en vertu de celle-ci. Cependant, une telle obligation doit «poursuivre un but d'intérêt général, tel que le maintien, au titre de la politique culturelle de ce même État membre, du caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision sur son territoire et ne pas être disproportionnée par rapport à cet objectif, ce qui implique que ses modalités d'application doivent relever d'une procédure transparente fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance»⁹⁶⁹.

La proportionnalité de l'obligation de diffuser dépendra du nombre ou du pourcentage d'utilisateurs finals qui recourent effectivement aux moyens de diffusion des chaînes de télévision, compte tenu d'éléments tels que la répartition géographique des utilisateurs finals des services fournis, la circonstance que la chaîne est retransmise sans être cryptée, touchant par-là un public plus large, et la circonstance que cette chaîne, ou une grande partie de ses programmes, est accessible gratuitement par Internet ainsi que par le réseau de télévision terrestre⁹⁷⁰. Le pouvoir discrétionnaire des États membres pour déterminer les programmes de télévision qui sont distribués sur leur territoire est par ailleurs limité par la directive services de médias audiovisuels. Ainsi la Cour de justice a jugé⁹⁷¹ qu'était compatible avec cette directive, une obligation temporaire pour les fournisseurs de services de médias et pour les autres personnes fournissant un service de diffusion par Internet de chaînes ou d'émissions de télévision de ne diffuser ou de ne retransmettre sur le territoire de cet État membre une chaîne de télévision que dans des bouquets payants, sans toutefois empêcher la retransmission proprement dite sur le territoire de ce premier État membre des émissions télévisées de cette chaîne.

302. Obligation de diffusion en vertu du droit de la concurrence. L'Autorité belge de la concurrence (ABC) a imposé à la NV Norkring België (Norkring), le 22 janvier 2019, une mesure provisoire⁹⁷² enjoignant à cette dernière de continuer la radiodiffusion en FM de programmes de

⁹⁶⁶ C.J., 13 décembre 2018, *France Télévisions c. Playmédia et Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, aff. C-298/17, EU:C:2018:1017, point 27.

⁹⁶⁷ Cette disposition est reprise à l'article 114 du Code.

⁹⁶⁸ C.J., 11 décembre 2019, *TV Play Baltic c. Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, aff. C-87/19, EU:C:2019:1063.

⁹⁶⁹ Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar dans l'affaire *France Télévisions SA c. Playmédia et Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, aff. C-298/17, présentées le 5 juillet 2018, EU:C:2018:535, point 34.

⁹⁷⁰ C.J., 11 décembre 2019, *TV Play Baltic c. Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, aff. C-87/19, EU:C:2019:1063, point 44.

⁹⁷¹ C.J., 4 juillet 2019, *Baltic Media Alliance c. Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, aff. C-622/17, EU:C:2019:566.

⁹⁷² Autorité belge de la concurrence, décision du 22 janvier 2019, 19-VM-01 Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie / Norkring België.

la VRT. La VRT n'utilise pas elle-même le spectre qui lui est assigné, mais en charge un prestataire tiers désigné par appel d'offres public. En 2018, un autre prestataire de services de diffusion, BV Broadcast Technology & Development (Broadcast Partners), avait emporté le marché public. Or, l'accord de diffusion entre la VRT et Norkring se terminait le 5 mars 2019. Afin d'éviter une interruption de la diffusion des programmes à partir de quatre antennes émettrices appartenant à Norkring, jusqu'à ce que le réseau de diffusion du nouveau prestataire de services soit prêt, ce dernier avait introduit une requête en cessation auprès du président du tribunal de l'entreprise d'Anvers, visant à imposer à Norkring de conclure un accord avec elle lui permettant de diffuser les émissions de la VRT à des conditions raisonnables⁹⁷³. En parallèle, la VRT avait demandé des mesures provisoires auprès de l'ABC. Cette dernière a estimé l'urgence démontrée du fait de la nécessité d'assurer la continuité de la mission publique de la VRT.

I. Libre circulation des terminaux de télécommunications

303. Intervention d'un organisme notifié. Dans un arrêt relatif à l'interprétation de la directive R&TTE⁹⁷⁴, entretemps abrogée et remplacée⁹⁷⁵, la Cour de justice a confirmé⁹⁷⁶ que les fabricants d'équipements hertziens, lorsqu'ils appliquent la procédure prévue à l'annexe III, deuxième alinéa, de la directive R&TTE et emploient des normes harmonisées pour définir les séries d'essais visées à cet alinéa, ne sont pas tenus de s'adresser à un organisme notifié tel que visé à l'article 11, paragraphe 1, de la même directive et, partant, ne sont pas tenus d'ajouter au marquage «CE» le numéro d'identification de cet organisme.

⁹⁷³ Autorité belge de la concurrence, communiqué de presse, n° 1/2019, 23 janvier 2019.

⁹⁷⁴ Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.*, L 91/10 du 7 avril 1999, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/5/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/5/2009-08-07>.

⁹⁷⁵ Avec effet au 13 juin 2016, par la directive 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques et abrogeant la directive 1999/5/CE, *J.O.U.E.*, L 153/62 du 22 mai 2014, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/53/oj>, ELI version consolidée : <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/53/2018-09-11>.

⁹⁷⁶ C.J., 11 juillet 2018, *COBRA c. Ministero dello Sviluppo Economico*, aff. C-192/17, EU:C:2018:554.