

**LES ENJEUX DE LA TRANSPOSITION EN BELGIQUE
DES NOUVELLES DIRECTIVES EUROPÉENNES
SUR LES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**

**LES ENJEUX DE LA TRANSPOSITION
EN BELGIQUE DES NOUVELLES DIRECTIVES
EUROPÉENNES SUR LES COMMUNICATIONS
ÉLECTRONIQUES**

Michel VAN BELLINGHEN et Tania ZGAJEWSKI



ACADEMIA PRESS

© Academia Press
Eekhout 2, 9000 Gent
Tel. 09/233 80 88 Fax 09/233 14 09
Info@academiapress.be www.academiapress.be

Distribution

J. Story-Scientia sa Libraire Scientifique
Sint-Kwintensberg 87, B-9000 Gent
Tél. 09/225 57 57 Fax 09/233 14 09
Info@story.be www.story.be

Michel Van Bellinghen et Tania Zgajewski
Les enjeux de la transposition en Belgique des nouvelles directives européennes sur les
communications électroniques

Gent, Academia Press, 2012, 69 pp.

Mise en page: proressmaes.be

ISBN 978 90 382 1958 5
D/2012/4804/84
U 1817

Aucune reproduction de cet ouvrage, par impression, photocopie, microfilm ou par quelque procédé que ce soit, ne peut être effectuée sans l'autorisation écrite et préalable de l'éditeur.

Table des matières

§ 1. Les principaux apports du nouveau cadre réglementaire européen	5
1.1. Le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux et de leur intégration européenne.	5
1.2. L'augmentation de la protection des utilisateurs	6
1.3. L'accroissement de la concurrence sur les marchés fixes et mobiles	7
1.4. Une gestion plus intégrée des fréquences	9
1.5. La neutralité technologique de l'Internet	10
§ 2. Les problèmes posés par la répartition des compétences en Belgique	11
2.1. Le régime constitutionnel	11
2.1.1. La pression croissante du changement technologique.	11
2.1.2. La transposition du paquet réglementaire de 2002 et l'épineuse question de la coopération.	13
2.2. La proposition de réforme institutionnelle de 2008	19
2.3. Les difficultés inhérentes à la transposition du paquet réglementaire de 2009	19
2.3.1. L'impact de la transposition des directives européennes sur la répartition des compétences en matière de fréquences radioélectriques	19
2.3.2. L'impact de la transposition des directives européennes sur la répartition des compétences en matière de droits de passage	21
§ 3. Le statut des autorités réglementaires nationales	23
3.1. Une indépendance accrue des différentes autorités impliquées	23
3.1.1. Une confusion terminologique persistante	23
3.1.2. Une indépendance accrue du régulateur par rapport au pouvoir politique ?	24
3.1.3. Une indépendance accrue de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques par rapport au pouvoir politique ?	27
3.1.4. Une indépendance accrue des instances chargées de résoudre les litiges entre entreprises par rapport au pouvoir politique ?	28
3.2. La disposition de moyens financiers et humains adaptés	29
3.3. La possibilité de sanctionner efficacement les infractions.	30
3.4. L'obtention du pouvoir réglementaire	31

3.5. Le devoir d'impartialité dans l'exercice des pouvoirs	32
3.6. L'obligation de contrôle par un recours de pleine juridiction.	33
§ 4. Les évolutions économiques et sociétales	38
4.1. L'extension du service universel à la large bande	38
4.2. La protection de la vie privée.	39
4.3. La protection des consommateurs	41
§ 5. Conclusions	43
Notes	45

LES ENJEUX DE LA TRANSPOSITION EN BELGIQUE DES NOUVELLES DIRECTIVES EUROPÉENNES SUR LES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Michel VAN BELLINGHEN et TANIA ZGAJEWSKI^{1*}

Le premier cadre réglementaire européen des communications électroniques avait été adopté en 2002². Il consiste à appliquer des règles identiques mais souples pour toutes les infrastructures de communications électroniques, quelle que soit leur forme technique, et tous les services de communications électroniques. Il ne prend pas en compte le contenu transporté sur de telles infrastructures, à l'exception de quelques obligations très précises pour atteindre certains objectifs liés au secteur de l'audiovisuel. Sa transposition dans le droit national des différents États Membres devait être effectuée pour le 24 juillet 2003.

En 2006, la Commission européenne a entamé une révision de ce cadre réglementaire. Elle se justifiait principalement par l'absence prolongée de marché intérieur des communications électroniques en raison des divergences constatées entre les États membres, et des contradictions résultant de l'exercice de leurs activités par les autorités réglementaires nationales; ce qui est nuisible pour la compétitivité et les consommateurs³. Le processus de négociation a été long et davantage conflictuel que dans le passé. La conciliation entre le Parlement européen et le Conseil n'a finalement abouti qu'à la fin de 2009. Le résultat se présente sous la forme de deux directives⁴ et d'un règlement⁵. Les deux directives, respectivement 2009/140/CE et 2009/136/CE, amendent les cinq directives de 2002, qui demeurent donc en vigueur. Le règlement (CE) n° 1211/2009 établit une nouvelle structure impliquant les régulateurs nationaux.

La transposition de ces directives dans le droit interne des États membres devait être opérée pour le 25 mai 2011 au plus tard. La plupart d'entre eux n'ont pu respecter cette date. L'absence de transposition dans le délai requis n'empêche toutefois pas l'application de leurs dispositions dans la mesure où un effet direct leur est reconnu⁶. En 2011, le gouvernement fédéral belge a soumis un avant-projet de loi de transposition à la section de législation du Conseil d'État. Aucun projet de loi n'a cependant encore été adopté depuis lors par la Chambre.

Comme cela avait déjà été le cas pour le cadre réglementaire de 2002, cette nouvelle transposition posera des problèmes juridiques dans les différents États membres. Elle demande en effet des adaptations aux systèmes administratif et juridictionnel nationaux; ce qui peut, le cas échéant, provoquer des difficultés

* Les notes peuvent être consultées page 45 et s.

constitutionnelles. En Belgique, en particulier, l'existence de règles constitutionnelles répartitrices de compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées vient complexifier fortement cette problématique. En témoigne la succession des avis de la section de législation du Conseil d'État ainsi que des arrêts rendus par diverses juridictions belges.

Dès lors, il a paru intéressant de dresser un inventaire des différentes difficultés engendrées par la nouvelle transposition en Belgique. Dans cette perspective, il convient d'évoquer d'abord les grandes orientations du nouveau cadre réglementaire (§ 1), les problèmes posés par la répartition des compétences en Belgique (§ 2), les questions liées au statut des autorités réglementaires nationales (§ 3) et finalement les autres thèmes substantiels (§ 4). En synthèse, on peut conclure que les plus grandes difficultés de la transposition procèdent des tensions entre la vision globale des textes européens et la répartition des compétences, ainsi que des tensions entre le renforcement de l'autonomie des autorités réglementaires nationales voulu par les textes européens et le maintien de contrôles voulu par les textes belges.

On notera que le présent commentaire s'efforce de décrire les principaux problèmes posés par la transposition dans le cadre constitutionnel et législatif existant. Par conséquent, il n'examine ni les propositions visant à opérer une nouvelle réforme de l'État, ni la substance de l'avant-projet du gouvernement fédéral visant à transposer les nouveaux textes européens⁷.

§ 1. Les principaux apports du nouveau cadre réglementaire européen

Moins ambitieux que le projet initial⁸, le cadre réglementaire de 2009 comporte néanmoins des innovations importantes en vue de l'achèvement du marché intérieur des communications électroniques. Il met l'accent sur les principes réglementaires généraux⁹ (prévisibilité, égalité de traitement, partage de risques, respect des spécificités, etc.) et sur la concurrence entre réseaux. Il vise à améliorer la gestion du spectre radioélectrique et à renforcer la protection des consommateurs et des utilisateurs handicapés. Il procède aussi à des adaptations substantielles sur le plan institutionnel et au renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux (ARN). L'objectif fondamental, défini dès 2002, demeure : réduire graduellement la réglementation sectorielle en vue de régir les communications électroniques uniquement par le droit de la concurrence¹⁰. Les concepts utilisés sont d'ailleurs empruntés au droit de la concurrence.

La réforme de 2009 a ainsi maintenu largement les orientations des directives de 2002. Elle recourt également aux mêmes instruments. De manière significative, les directives antérieures, on l'a vu, n'ont pas été remplacées comme en 2002, mais simplement amendées.

1.1. *Le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux et de leur intégration européenne*

Le premier axe de la réforme de 2009 est de nature organique. Le législateur européen a entendu améliorer l'indépendance des « *autorités réglementaires nationales* » (ARN). Ainsi, les ARN ont été protégées contre les instructions extérieures et les licenciements abusifs de leur(s) dirigeant(s). La réglementation européenne entend empêcher toute forme d'ingérence, notamment de nature politique, dans le fonctionnement des régulateurs nationaux. A cette mesure s'ajoute le renforcement des pouvoirs du régulateur en cas de violation des obligations prévues par les directives.

De manière à renforcer l'intégration dans la mise en œuvre de la réglementation sur les communications électroniques, le « *groupe des régulateurs européens* » (GRE) a été remplacé par l'« *Organe des Régulateurs Européens des Communications Électroniques* » (ORECE). Les tâches de cet Organe, composé par les dirigeants des ARN des 27 États membres, ont été accrues. Les directives adaptées s'y réfèrent souvent car un passage par l'ORECE est désormais obligatoire pour les décisions les plus importantes. Cela vise à garantir une plus grande cohérence dans l'application de la législation sectorielle par les régulateurs nationaux. Par ailleurs, les pouvoirs de la Commission européenne en matière

d'harmonisation des mesures en faveur du développement de la concurrence ont été renforcés. Les mesures prises dans ce cadre devront en principe être adoptées par chaque ARN.

1.2. L'augmentation de la protection des utilisateurs

Le deuxième axe de la réforme de 2009 consiste à renforcer la protection existante des droits des utilisateurs – dont les consommateurs et personnes handicapées –, en matière de contrats et de données à caractère personnel. Le renforcement se traduit en leur faveur par des mesures positives de transparence ainsi que par des interdictions supplémentaires.

Ainsi, une meilleure information doit être apportée aux consommateurs concernant les conditions contractuelles (par exemple le niveau de qualité minimale des services de transmission, les restrictions apportées aux services souscrits et les techniques de gestion du trafic) et les éventuelles violations de leurs données à caractère personnel par les fournisseurs de communication (de telles violations doivent être notifiées aux personnes concernées)¹¹. Une diminution de la durée maximale de leur contrat avec un opérateur est imposée, de même que la possibilité de changer d'opérateur fixe ou mobile en un jour ouvrable¹². Un meilleur accès aux services d'urgence est garanti par le numéro « 112 » moyennant information sur la localisation de l'appelant¹³.

Une meilleure protection contre le « pollupostage » (« spam ») est prévue grâce à une triple obligation. Le principe d'opt-in a été consacré¹⁴. Des recours en justice contre les « polluposteurs » sont ouverts aux victimes – en ce compris les fournisseurs de services de communications électroniques – et un régime de sanction est instauré à l'égard des fournisseurs de services de communications électroniques négligeant la prévention de la prolifération de « pollupostage »¹⁵. Enfin, les mesures d'interdiction relatives à l'accès à Internet ne pourront être adoptées par les États membres qu'à la condition d'être appropriées, nécessaires et proportionnées dans une société démocratique, dans le respect du droit à la vie privée et de la présomption d'innocence. Elles ne peuvent être prises sans procédure équitable et impartiale préalable ni recours juridictionnel effectif en temps utile¹⁶.

De manière atypique par rapport à ses principes fondamentaux¹⁷, le cadre réglementaire avait été une première fois adapté et complété en 2007 par un règlement¹⁸ de la Commission européenne, à propos de l'itinérance internationale. Une nouvelle adaptation a été entreprise en 2009¹⁹. Ces interventions ont permis une diminution drastique des tarifs dits de « roaming » pour les communications, les SMS et le transfert de données à dimension internationale²⁰.

L'adaptation du cadre réglementaire doit enfin permettre aux personnes handicapées, âgées ou ayant des faibles revenus, d'accéder à des services de haute qualité peu coûteux.

1.3. *L'accroissement de la concurrence sur les marchés fixes et mobiles*

Le troisième axe de la réforme de 2009 consiste à améliorer la concurrence dans les marchés fixes et mobiles. Inspirée par la jurisprudence européenne ayant établi l'existence d'abus de position dominante dans les marchés des communications électroniques, elle prévoit le droit pour les ARN d'imposer des obligations aux opérateurs disposant d'une puissance significative (« *significant market power* » ou SMP) sur les marchés de détail.

En recours ultime, là où les autres mesures (« remèdes ») auraient échoué, le législateur européen permet aux ARN, selon des conditions très strictes et en l'absence de « perspective de concurrence entre infrastructures dans un délai raisonnable » (considérant 61 de la directive « accès »), de procéder à la séparation fonctionnelle de l'opérateur SMP fixe tout en préservant les incitations à investir dans les réseaux d'accès de la nouvelle génération (« Next Generation Access » ou « NGA »). La séparation fonctionnelle prévue par la directive « accès » est un remède à la discrimination qu'un opérateur SMP applique à l'égard des autres opérateurs, en faveur de son département de vente au détail. Cela consiste à scinder les activités de gros et de détail d'un opérateur SMP verticalement intégré. Cette mesure exceptionnelle a pour objectif de rendre effective la concurrence sur les marchés de détail en plaçant les opérateurs en concurrence sur pied d'égalité par rapport aux services de gros de l'opérateur SMP.

Sur les marchés mobiles, la plus grande souplesse voulue par le législateur européen en matière de gestion des fréquences radioélectriques vise à permettre aux opérateurs de développer plus aisément des services et technologies innovants²¹. L'importance de cette forme de ressource rare est consacrée²². Dans une perspective de libéralisation du spectre, il est notamment recouru aux mécanismes du marché.

La directive 2009/140/CE renforce le caractère exceptionnel du régime de droits d'utilisation individuels (ou licences individuelles) par rapport à celui des autorisations générales. De tels droits ne peuvent être octroyés que dans des cas limitativement énumérés. Sauf exception, il ne peut y avoir de procédure fermée d'octroi de ces droits. La directive impose surtout davantage de flexibilité relative au spectre. Elle prescrit l'adaptation des droits d'utilisation existants. Cette modification ne consiste pas en l'instauration d'un régime unique. Elle n'implique pas un alignement parfait des règles applicables à chaque licence indivi-

duelle, existante ou à venir. Le principe d'interdiction de discrimination s'y oppose : à situation comparable des détenteurs de droits d'utilisation une même règle trouvera à s'appliquer ; à l'inverse, une même règle ne s'appliquera pas à des situations différentes. Par une approche plus flexible, un plus vaste choix dans les services et technologies s'ouvrira aux utilisateurs du spectre. Ils subiront moins de restrictions dans son utilisation. L'efficacité s'en trouvera renforcée et l'innovation technologique stimulée. Cette flexibilité ne fait pas obstacle à la poursuite d'objectifs d'intérêt général ni à d'autres exigences, par exemple d'ordre technique.

Le principe de neutralité, à l'égard tant des technologies que des services a été substantiellement renforcé, on le verra²³. L'accessibilité des bandes de fréquences disponibles à tout type de technologie et tout type de services devra être possible. Ce qui n'était auparavant qu'un souhait exprimé par le législateur européen²⁴, est devenu une obligation. Afin d'éviter des distorsions de concurrence, une période transitoire est nécessaire pour permettre de respecter pleinement la neutralité²⁵. Ces principes sont tempérés par des exceptions liées à la poursuite d'objectifs d'intérêt général ou par des restrictions proportionnées et non discriminatoires, notamment d'ordre technique, pouvant mener jusqu'à l'exclusivité de certains services dans certaines bandes de fréquences (de manière générale, les objectifs de politique audiovisuelle continuent à justifier un statut partiellement dérogatoire aux principes précités)²⁶. Ces derniers dérogent au maintien de droits acquis : même en cas de renouvellement, les droits individuels concernés doivent être réexaminés afin de veiller à un équilibre entre utilisateurs de spectre, et, le cas échéant, de favoriser un échange de spectre²⁷. Même avant la réforme de 2009 la jurisprudence européenne relative aux autorisations ne consacrait pas la théorie des droits acquis²⁸, mais bien la mutabilité des autorisations en fonction des objectifs d'intérêt général²⁹.

Il est également prévu d'empêcher la thésaurisation des fréquences, l'accumulation de celles-ci ou l'absence d'utilisation efficace et effective afin, ici aussi, d'éviter des distorsions de concurrence³⁰. Enfin, l'existence d'un marché secondaire des fréquences (cession ou location) n'est plus laissée à l'appréciation des États membres ; il est obligatoire pour les bandes de fréquences désignées par la Commission européenne et obtenues à titre onéreux de permettre aux opérateurs de céder ou de louer les fréquences mises à leur disposition³¹.

Une collaboration renforcée entre les États membres et la Commission européenne est instaurée en matière de coordination, de planification stratégique et d'harmonisation de l'utilisation du spectre. Plus précisément, des tels aspects relèvent des programmes pluriannuels que la Commission européenne a la possibilité de présenter au Parlement européen et au Conseil³². Elle a déjà fait usage de cette opportunité (voir point 1.4).

En revanche, bien que liées à l'utilisation des fréquences radioélectriques, ni les taxes administratives³³ ni les redevances visées aux articles 12 et 13 de la directive « autorisation » n'ont été affectées par la révision de 2009. Ces dispositions conservent leur intérêt dans le cadre de renouvellement ou d'octroi de droits d'utilisation aux opérateurs existants ou à venir³⁴. Ces autorisations ont en tant que telles une valeur économique, reconnue par le Tribunal³⁵ et la Cour de justice de l'Union européenne³⁶.

Enfin, tant pour les réseaux fixes que mobiles, la révision des directives de 2002 offre une plus grande sécurité juridique aux investissements dans les NGA. Elle prévoit un droit de passage plus aisé, une possibilité de collaboration entre opérateurs ainsi qu'une répartition des risques liés aux investissements, permettant ainsi d'en amoindrir les coûts et d'assurer un juste retour sur investissement.

1.4. *Une gestion plus intégrée des fréquences*

La question des fréquences n'a pas seulement été évoquée au sujet du renforcement de la concurrence dans le secteur mobile. Elle concerne également la volonté de corriger les effets économiques néfastes de la « *fragmentation excessive des politiques nationales (...) au détriment du marché intérieur* »³⁷. Le dossier du « dividende numérique » est abordé au niveau européen grâce à l'habilitation donnée à la Commission européenne par le nouveau cadre réglementaire³⁸ de présenter des propositions législatives en vue de l'établissement de programmes pluriannuels en matière de spectre radioélectrique.

Outre une amélioration de la qualité de sons et d'images, la numérisation de la radiodiffusion – passage de l'analogique au numérique – entraîne une multiplication par cinq de l'efficacité de l'utilisation du spectre radioélectrique : seulement 20% de fréquences utilisées permettent de diffuser un même nombre de programmes diffusés en analogique. Le dividende porte sur la partie des fréquences qui ne serait plus nécessaire à la radiodiffusion et qui pourrait être consacrée aux communications électroniques mobiles ou à l'accès à l'Internet à large bande sans fil. Il s'agit concrètement d'une partie de la bande de fréquences dite UHF (470-862 MHz) : de 790 à 862 MHz.

Dans l'attente d'un instrument juridique européen contraignant, il appartient aux États membres d'en déterminer l'affectation. En cas d'affectation de ces bandes de fréquences aux communications électroniques mobiles ou à l'accès à l'Internet à large bande sans fil, l'État membre concerné est cependant tenu de respecter la décision d'harmonisation technique de la Commission européenne³⁹. Même si la gestion du spectre radioélectrique demeure largement une compétence des États membres, la Commission européenne y joue un rôle d'harmonisation depuis la réforme de 2002. La réforme de 2009 a de plus confié à

cette dernière la préparation d'une stratégie en matière de spectre, appelée « programme multiannuel de la politique du spectre radioélectrique » (RSPP)⁴⁰. L'objet de ce programme est multiple. Il recouvre plusieurs thèmes liés au spectre radioélectrique, dont l'affectation du dividende numérique. Dans sa contribution au RSPP, le groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique, institué par la Commission européenne⁴¹, recommande à cette dernière de fixer à 2015 la date butoir d'attribution du dividende numérique aux communications électroniques⁴². Celle-ci a cependant proposé de fixer cette échéance au 1^{er} janvier 2013, avec possibilité de dérogation annuelle jusqu'au 31 décembre 2015 dans des cas exceptionnels⁴³. Suite à un accord politique au Conseil, le RSPP a été voté le 15 février 2012 par le Parlement européen⁴⁴.

1.5. *La neutralité technologique de l'Internet*

A ces aspects, il convient d'ajouter la consécration du principe de neutralité du réseau Internet. Auparavant, l'art. 8.1 de la directive « cadre » (2002) imposait aux États membres de veiller à ce que les ARN « *tiennent le plus grand compte qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre* »⁴⁵. Les fournisseurs de services Internet utilisent des techniques de gestion de trafic afin d'éviter la congestion du réseau. Un usage inapproprié de ces techniques peut entraîner un ralentissement de l'accès aux services voire une dégradation de la qualité des services, au détriment de certaines catégories d'utilisateurs. Dans le cadre de son « Agenda numérique »⁴⁶, qui fixe ses priorités dans le secteur des TIC pour la période 2010 à 2015, la Commission européenne a lancé une consultation sur la neutralité d'Internet⁴⁷. Ceci devrait permettre à la Commission européenne d'évaluer la nécessité d'entourer des garanties supplémentaires des objectifs essentiels tels que la transparence, la liberté d'expression, la concurrence loyale, etc.

La neutralité du réseau Internet figure dans les deux directives de 2009. Elle est traitée dans la directive 2009/136/CE sous l'angle de la protection des consommateurs (articles 20 à 22 nouveaux⁴⁸ de la directive 2002/22/CE « service universel »). Elle constitue également dans la directive 2009/140/CE un des nouveaux objectifs pour les ARN inscrits dans la directive 2002/21/CE « cadre »⁴⁹. Une « déclaration sur la neutralité de l'Internet » de la Commission européenne, annexée à la directive 2009/140/CE, vise à apaiser certaines craintes du Parlement européen en la matière.

§ 2. Les problèmes posés par la répartition des compétences en Belgique

Depuis de nombreuses années, la transposition des normes européennes en matière de communications électroniques se heurte à la répartition des compétences établie par la réforme de l'État en Belgique. Cette situation s'était produite lors de la mise en conformité du droit belge au cadre réglementaire européen de 2002. Elle semble se reproduire avec celle du nouveau cadre réglementaire européen de 2009. L'entrée en vigueur des directives européennes de 2009 entraîne évidemment des modifications des législations tant de l'État fédéral que des entités fédérées, avec possibilité de nouveaux recours devant la Cour constitutionnelle.

Naturellement, une réforme du cadre constitutionnel pourrait modifier les termes de ce débat. Il y a eu une tentation d'amorce de régionalisation des communications électroniques et de la concurrence en 2008. Le régulateur fédéral a été amené à rendre un avis sur la régionalisation de ce secteur⁵⁰. Ce projet n'a toutefois pas abouti, et la proposition de modification de la loi spéciale issue des négociations institutionnelles en 2008 n'avait alors pour seul objectif que d'inscrire dans ladite loi les enseignements de la jurisprudence constitutionnelle. Saisi à ce propos, le Conseil d'État a estimé qu'il fallait plutôt clarifier l'intention du législateur : soit consacrer le *statu quo* soit transférer les compétences aux entités fédérées. Le ministre fédéral en charge du département s'est alors déclaré de son côté ouvert à une régionalisation de la matière, pour autant que ce transfert de compétences préserve l'efficacité de la gestion de dossier⁵¹.

2.1. Le régime constitutionnel

2.1.1. La pression croissante du changement technologique

L'octroi de compétences aux communautés en matière d'audiovisuel remonte à une quarantaine d'années⁵². Dans le secteur des communications électroniques, les règles répartitrices de compétences entre l'État fédéral et les communautés sont devenues de plus en plus imbriquées, et donc plus complexes à appliquer, suite au développement croissant de la « convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel⁵³ » et de la « déspecialisation » des réseaux.

La tentative de modifier en 2008 la loi spéciale de réformes institutionnelles de 1980 constitue une bonne illustration de cette évolution. Les auteurs de la proposition de loi concernée ont mis en lumière cette complexité. Selon eux :

« En vertu des articles 127 et 130 de la Constitution, l'article 4, 6° de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, ainsi que l'article 4 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, ont attribué aux communautés la compétence en matière de radiodiffusion, à l'exception de l'émission des communications du gouvernement fédéral. En vertu de sa compétence résiduelle, l'autorité fédérale est compétente en matière de télécommunication. Dans la répartition des compétences, la radiodiffusion et la télévision sont désignées comme étant une matière culturelle. Selon la Cour constitutionnelle, cette qualification doit servir de base à toute interprétation⁵⁴. La compétence des communautés n'est pas liée à la manière d'émettre ou de transmettre. La qualification en tant que matière culturelle n'exclut toutefois pas la compétence intrinsèque de régler les aspects techniques, tels que la compétence d'attribuer concrètement les fréquences. Toutefois, la Cour constitutionnelle a affirmé que l'autorité fédérale demeure compétente en matière de police générale des ondes radioélectriques. Cette compétence « de police générale » comprend le droit de prendre et de faire respecter des normes techniques en matière d'attribution des fréquences⁵⁵ et de capacité des appareils émetteurs. Cette compétence fédérale a été motivée par la nécessité d'« intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et afin d'éviter les perturbations mutuelles »⁵⁶. La Cour constitutionnelle a également décidé que les communautés sont compétentes en matière de services de radiodiffusion qui, par des liens de « point to point », sont offerts sur demande individuelle, à condition que ces services soient destinés au public en général⁵⁷.

Suivant la dernière définition du mot « radiodiffusion » par la Cour constitutionnelle « les communautés sont compétentes pour les services de radiodiffusion, qui comprennent également la télévision, offerts via cette infrastructure, y compris pour les services qui fournissent des informations publiques destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et qui n'ont aucun caractère confidentiel, même si leur diffusion se fait sur demande individuelle et quelle que soit la technique utilisée pour celle-ci. En revanche, un service qui fournit de l'information individualisée et caractérisée par une forme de confidentialité ne relève pas de la radiodiffusion⁵⁸. » La Cour utilise une description fonctionnelle, quelle que soit la technique utilisée. Des critères utilisés antérieurement par la Cour, comme le « point-to-point » (télécommunication) par opposition ou « point-to-multipoint » (radiodiffusion) sont dépassés par le développement technologique. Il est proposé d'inscrire cette interprétation de la compétence des communautés en matière de radiodiffusion dans la loi spéciale. La description de la

« radiodiffusion » est dès lors remplacée par « les médias et la communication électronique qui n'ont pas de caractère confidentiel ». La compétence relative aux réseaux et services de communications électroniques demeure inchangée⁵⁹. ».

Cette présentation semble garder toute son actualité en 2012 vu l'absence d'évolution significative depuis, à l'exception d'un arrêt de la Cour constitutionnelle du 23 juin 2011. Dans cet arrêt, répondant à une question préjudicielle, la Cour consacre, sous certaines conditions, les compétences fédérales en matière de coordination des fréquences radioélectriques⁶⁰.

Ainsi définie, la répartition des compétences reste problématique. Premièrement, elle repose principalement sur un critère artificiel (« la matière culturelle »), certes autrefois commode quand les infrastructures de transmission étaient spécialisées, mais devenu complètement inapproprié au regard du phénomène de convergence et de l'évolution des marchés. Deuxièmement, elle ne permet pas de déterminer avec certitude, dans tous les cas de figure, l'autorité compétente. Elle crée ainsi une concurrence entre autorités, auquel s'ajoute le risque d'adoption de normes contradictoires et, de là, la naissance de conflits nuisibles pour toutes les parties intervenantes (État fédéral et entités fédérées, opérateurs, fournisseurs de service, consommateurs).

Enfin, pour accentuer la complexité institutionnelle, l'autorité fédérale a conservé sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale une parcelle de compétence en matière audiovisuelle⁶¹.

2.1.2. La transposition du paquet réglementaire de 2002 et l'épineuse question de la coopération

a) L'obligation de coopération dans l'exercice des compétences respectives

La transposition du paquet réglementaire européen de 2002 relatif aux communications électroniques avait déjà en son temps provoqué de grands problèmes, anticipés alors par la section de législation du Conseil d'État. Celle-ci constatait que le champ d'application de ce paquet, en raison de la prise en compte des évolutions technologiques, ne se limitait pas seulement aux télécommunications sensu stricto mais couvrait aussi la radiodiffusion et la télévision. En conséquence, elle estimait que ni l'État fédéral ni les communautés n'était en droit de prendre chacun séparément les mesures de transposition. Elle prescrivait des solutions.⁶²

Sur ces solutions, tant le Conseil d'État que la Cour constitutionnelle s'accordent à reconnaître qu'il n'existe que deux possibilités : soit la révision des règles

répartitrices de compétences soit, à défaut, une collaboration très étroite entre les différents niveaux de pouvoirs (État fédéral, communautés et régions).

En 2003, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours en annulation de la loi « statutaire » du 17 janvier 2003⁶³ conférant le statut de régulateur fédéral indépendant à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après « IBPT »). Le gouvernement flamand estimait que le législateur fédéral ne pouvait établir seul les attributions d'un organisme compétent en matière de communications électroniques. Dans son arrêt du 14 juillet 2004⁶⁴, la Cour constitutionnelle relevait que l'article 92*bis*⁶⁵ de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles autorise l'État, les communautés et les régions à collaborer sous la forme d'accords de coopération. Elle constatait également que si ledit article 92*bis* autorise cette forme de collaboration, il ne l'impose pas pour régler le domaine des infrastructures de transmission des communications électroniques. Cela reste une faculté à mettre en œuvre par l'État, les communautés et les régions. Ce qui signifie que l'absence de collaboration dans ce domaine ne peut être constitutive d'une violation des règles répartitrices de compétences. Néanmoins, poursuivait-elle, les compétences de l'État fédéral et des communautés sont devenues tellement imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'une collaboration devient dans ce domaine une « nécessité absolue ». Il faut en tenir compte et, conséquemment, l'absence de collaboration ici revient à violer le « principe de proportionnalité » propre à tout exercice de compétences, concluait-elle. L'annulation de la disposition attaquée était donc prononcée, avec maintien provisoire des effets de la disposition annulée jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord.⁶⁶

Cette jurisprudence constitutionnelle de 2004, soutenue par les avis du Conseil d'État, est marquante en raison des conséquences qu'elle entraîne désormais. D'une part, elle empêche l'exercice cloisonné de leurs compétences respectives par l'État fédéral et les communautés vu que la Cour constitutionnelle considère d'office disproportionné d'agir unilatéralement ; ce qui en rend l'exercice plus compliqué et plus lent. D'autre part, sous la menace constante d'une sanction d'annulation pour violation du principe de proportionnalité, elle empêche les autorités compétentes des différents niveaux de pouvoir de faire usage de la faculté accordée par l'article 92*bis* d'établir ou non une collaboration. Ces dernières considérant, à tort, que cet empêchement de recourir à la faculté accordée par l'article 92*bis* les obligent à passer des accords de coopération⁶⁷, et ce en outre, en dépit de la possibilité de recourir à d'autres instruments, comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle dans un arrêt ultérieur⁶⁸.

Le premier accord de coopération⁶⁹, conclu non sans mal⁷⁰ en 2006, porte sur les réseaux de communications électroniques. Il fixe la collaboration entre les quatre ARN concernées (C.S.A, Medienrat, V.R.M. et I.B.P.T.) ainsi qu'entre les

autorités fédérales et communautaires chargées de la réglementation. Un deuxième accord de coopération avec les régions portant sur les droits de passage⁷¹ n'a pas encore été adopté, pas plus qu'un troisième accord de coopération portant sur l'audiovisuel à Bruxelles⁷² ni qu'un quatrième accord relatif à la coordination des fréquences⁷³. Ce dernier accord a été encouragé par la jurisprudence constitutionnelle, sur une base volontaire⁷⁴. En outre, que ce soit en matière d'adoption de prescriptions techniques concernant l'attribution de radiofréquences destinées exclusivement à la radiodiffusion ou d'ordonnances de police générales des ondes, l'exercice du pouvoir fédéral est conditionné par une concertation avec les communautés⁷⁵. L'exercice de ce pouvoir de police général des ondes doit en effet être réglé « *de façon telle qu'il ne porte pas atteinte à la compétences des Communautés*⁷⁶ ».

Les choix ainsi posés depuis 2005 par les législateurs des différents niveaux de pouvoir soulèvent une double difficulté : un problème de conformité au cadre institutionnel fédéral et un problème de conformité au cadre réglementaire européen.

b) La mise en œuvre de l'obligation de coopération au regard du cadre institutionnel fédéral

En premier lieu, une mise en œuvre critiquable de la jurisprudence constitutionnelle de 2004 a entraîné des conséquences imprévues après l'adoption de l'accord de coopération de 2006 précité. Cet accord de coopération de 2006 porte, on l'a vu, sur la collaboration entre régulateurs (la régulation) ; il porte également sur la collaboration entre autorités des différents niveaux de pouvoir investies du pouvoir réglementaire (la réglementation). En pratique, il n'y a pas de mécanisme initial menant inévitablement à une prise de décision commune, ni pour la régulation ni pour la réglementation. Il s'agit d'un mécanisme de décision unilatérale soumise à concertation préalable d'autres parties – sur base volontaire –. Ceci peut conduire aussi bien à l'adoption d'une décision commune, qu'à l'adoption unilatérale de la décision malgré la concertation ou en l'absence de celle-ci. Cette concertation vise à permettre aux parties consultées d'estimer si le projet qui leur est soumis porte, le cas échéant, atteinte à leurs compétences respectives. La soumission à la concertation est laissée à l'entière discrétion de l'auteur du projet de décision à adopter, ce qui, d'après la doctrine⁷⁷, est à l'origine de litiges devant la Cour d'appel de Bruxelles. Il faut toutefois souligner que les arrêts de cette Cour censurant l'absence d'application de l'accord de coopération de 2006 sont rares⁷⁸.

Ces difficultés avaient pourtant été soulevées par la section de législation du Conseil d'État, lors de l'examen du projet de loi portant approbation de l'accord de coopération de 2006. Constatant que la consultation des parties à cet accord

a pour objet d'évaluer l'atteinte éventuelle à leurs compétences portée par un projet de décision, et non de procéder à l'adoption de décisions de commun accord, le Conseil d'État avait estimé alors que l'accord de coopération de 2006 ne constituait pas la réponse adéquate aux problèmes qu'il est censé résoudre⁷⁹. Il l'a répété deux ans plus tard, étant alors saisi d'une proposition de loi de réforme institutionnelle visant à consacrer, dans la loi spéciale de réforme institutionnelle, les enseignements de la jurisprudence constitutionnelle relative à la répartition des compétences entre l'État fédéral et les communautés en matière de communications électroniques⁸⁰.

La mise en œuvre de la jurisprudence constitutionnelle pose également des difficultés de la détermination des décisions devant, à l'état de projet, faire l'objet d'une collaboration entre autorités. D'abord, le champ d'application de la coopération entre régulateurs, limité aux infrastructures, devrait être étendu aux services, comme l'a rappelé la Cour d'appel de Bruxelles⁸¹. Ensuite, il ne se limite pas aux réseaux (et services) communs à la radiodiffusion et aux télécommunications, mais englobe sans nuance tous les réseaux de communications électroniques, ce que la jurisprudence constitutionnelle n'exige pas. Enfin, on l'a vu, l'absence de mécanismes imposant la prise de décision en commun fragilise l'action des régulateurs concernés par l'accord⁸².

Cela étant dit, la coopération instaurée entre législateurs par cet accord de coopération de 2006 ne remplit pas davantage l'exigence posée par la Cour constitutionnelle d'adopter une réglementation de commun accord. Les textes réglementaires soumis à concertation au sein du Comité interministériel créé par l'accord de coopération doivent en effet encore obtenir l'aval du Comité de concertation. Ce n'est qu'à cette condition, et pour autant que l'accord acquis en Comité de concertation soit intégralement respecté, que le Conseil d'État admet « *qu'il est ainsi satisfait à l'exigence de coopération* »⁸³.

On constate dès lors que pour cet accord de coopération de 2006, bien qu'étant un instrument praticable et répondant dans une certaine mesure aux exigences de la jurisprudence constitutionnelle, des améliorations sont donc souhaitables.

En deuxième lieu, cette même jurisprudence constitutionnelle de 2004 a suscité des difficultés lors de l'adoption d'une loi réparatrice⁸⁴ de 2005 visant à rétablir les principes de la disposition légale annulée. Au niveau fédéral, il a été déduit de cette jurisprudence, à nouveau à tort, qu'elle impose le report de l'entrée en vigueur d'une norme fédérale nouvelle tant que l'accord de coopération ayant le même objet que cette dernière ne sera pas, lui-même, entré en vigueur. Cette interprétation, selon certains auteurs, porte atteinte au principe de compétence exclusive, aux règles répartitrices de compétences ainsi qu'au principe de proportionnalité⁸⁵. Selon nous, cette façon de procéder, même si elle donne suite à l'exigence de coopération imposée pour l'exercice des compétences en vertu du

principe de proportionnalité, ignore le fait que la jurisprudence constitutionnelle autorise aussi d'autres formes de coopération que celle opérée via un accord de coopération. Par ailleurs, elle ignore aussi qu'il n'appartient, en principe⁸⁶, pas au législateur fédéral, dans une loi ordinaire, de subordonner à la conclusion d'un accord de coopération l'exercice de sa compétence dans une matière spécifique d'intérêt commun. En agissant de la sorte, et même s'il n'apporte aucune modification à la répartition des compétences, le législateur fédéral ordinaire désigne forcément la matière pour laquelle l'accord de coopération est requis ; ce qui lui est interdit.

Pour terminer, et à titre d'information, signalons que rien qu'au niveau fédéral, il a fallu sept textes législatifs pour transposer les directives de 2002 : trois lois de 2003⁸⁷, une loi de 2005⁸⁸, deux lois de 2007⁸⁹ et une loi correctrice de 2009⁹⁰.

c) La mise en œuvre de l'obligation de coopération au regard des contraintes européennes

Les problèmes de conformité au cadre réglementaire européen ne sont pas moins aigus. Dès 2004, la Cour constitutionnelle avait pris appui sur le cadre réglementaire européen pour souligner l'importance de la coopération. Selon la Cour constitutionnelle, les directives de 2002 disposent qu'en raison de la convergence technologique, tous les réseaux et services de communications électroniques doivent relever d'un même cadre réglementaire. Elles ajoutent en sus, dans un souci de subsidiarité, qu'« *Au cas où plusieurs autorités réglementaires existent au sein d'un État membre, les directives mentionnées imposent aux États membres de se charger de la coopération dans les sujets d'intérêt commun (article 3, paragraphe 4, de la directive « cadre »)* »⁹¹. A cet égard, la situation actuelle demeure une source d'insécurité juridique. Il n'existe toujours pas, malgré l'obligation imposée, de mécanisme de coopération efficace et large entre ARN telle que requise par les textes européens. Le changement constant des motivations jurisprudentielles l'illustre.

Dans un premier temps, la Cour d'appel de Bruxelles considérait que la coopération était motivée par le risque de décisions contradictoires⁹², voire que l'accord de coopération de 2006 répondait adéquatement aux exigences de la jurisprudence constitutionnelle⁹³. En cela, elle différait de la doctrine qui défendait l'inverse⁹⁴.

Elle s'est montrée plus hardie par la suite. Elle a élargi l'obligation de coopération, par la reconnaissance à l'article 3.4 de la Directive « cadre » d'un effet direct, permettant à une entreprise de l'invoquer contre l'IBPT même en l'absence de transposition de cette disposition⁹⁵. Elle a adopté une conception

de la coopération entre régulateurs dépassant le cadre strict de l'accord de coopération de 2006, dès lors que « *les tâches à accomplir par les autorités réglementaires sont confiées à plusieurs organismes* ». Dans ce contexte, elle a rappelé l'impossibilité pour une partie d'apprécier elle-même si un projet de décision portant sur un service de communications électroniques, dont l'usage est commun à la radiodiffusion et aux télécommunications, pouvait ou non porter atteinte aux compétences des autres parties⁹⁶. Elle a enfin critiqué le champ d'application trop étroit de l'accord de coopération de 2006⁹⁷.

Cette position de la Cour d'appel de Bruxelles est également défendue par la doctrine. Selon celle-ci, comme il est établi par la jurisprudence constitutionnelle et par le Conseil d'État⁹⁸ qu'il n'appartient pas au législateur ordinaire de prévoir une obligation de coopération entre différents niveaux de pouvoir, on ne saurait davantage, sans commettre de violation des règles répartitrices de compétence ou de la séparation des pouvoirs, s'en remettre à l'appréciation des autorités administratives indépendantes quant à la nécessité de consulter ou non d'autres autorités relevant de niveaux de pouvoirs différents⁹⁹.

Le Conseil d'État, quant à lui, avait déjà invoqué l'art. 3.4 de la directive « cadre » pour considérer obligatoire la collaboration avec les autres niveaux de pouvoir¹⁰⁰. Cependant, il se distingue de la Cour d'appel de Bruxelles en ce qu'il n'a jamais vu dans l'accord de coopération de 2006 une traduction fidèle de la jurisprudence constitutionnelle¹⁰¹.

La jurisprudence de la Cour de cassation, enfin, semble davantage s'en tenir à la coopération justifiée par le risque de décisions contradictoires¹⁰², conception défendue initialement par la Cour d'appel de Bruxelles.

Face à une solution bancale en termes de coopération, certains lui préfèrent une solution plus claire en termes de répartition de compétences entre l'entité fédérale et les entités fédérées. Plusieurs pistes sont envisagées¹⁰³, dont l'approche « européenne », évoquée par le Conseil d'État en 2002¹⁰⁴, consistant à scinder les aspects techniques de transmission des communications électroniques du contenu de celles-ci. Les uns reviendraient à l'État fédéral ; les autres aux communautés.

La répartition actuelle des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées a ainsi provoqué des retards considérables dans la transposition en droit interne des directives de 2002 et aussi leur mise en œuvre¹⁰⁵. La loi fédérale a été adoptée en 2005 près de deux ans après la date ultime de transposition, après deux condamnations par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁶. Le législateur fédéral a conditionné en 2005 l'exercice de la compétence de l'IBPT à l'entrée en vigueur d'un accord de coopération¹⁰⁷, engendrant d'importants retards dans la mise en œuvre des directives, particulièrement à propos des analyses de marchés. Dès 2005, la Commission européenne a signalé son inquiétude à propos des

répercussions économiques de tels retards: « *There is a risk that, if the institutional problems regarding implementation of the framework are not quickly resolved, these positive market trends will be undermined by legal insecurity and economic fragmentation*¹⁰⁸ ». Nous verrons plus loin qu'elle s'est aussi inquiétée au sujet de l'indépendance de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) composée par des membres des différents gouvernements.

2.2. *La proposition de réforme institutionnelle de 2008*

Au-delà de possibles améliorations du système de coopération actuel, certains plaident en faveur de modifications plus radicales. Dans un avis rendu en 2007, le Comité consultatif pour les télécommunications arrivait à la conclusion suivante: « *La manière dont les compétences sont réparties dans notre structure de l'État n'est pas adaptée à la convergence*¹⁰⁹ ».

Ces débats non résolus expliquent l'intérêt particulier porté par le secteur aux travaux concernant une éventuelle redistribution de compétences dans le cadre d'une nouvelle réforme de l'État. En 2008, dans le sillage des négociations du gouvernement fédéral, une proposition de loi institutionnelle a été déposée au Sénat. Elle visait originellement à transférer des compétences aux communautés et régions. Toutefois, pour diverses raisons techniques, ce transfert a été compliqué.

Par la suite, cette proposition a été gelée. Il faut signaler que le Conseil d'État¹¹⁰ a été particulièrement critique à son égard. Il considérait notamment qu'elle manquait de clarté concernant l'intention précise du législateur à majorité spéciale. Il avançait également qu'elle manquait de cohérence par rapport aux concepts développés par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Ultérieurement, ses critiques ont été soutenues par la doctrine¹¹¹.

2.3. *Les difficultés inhérentes à la transposition du paquet réglementaire de 2009*

2.3.1. *L'impact de la transposition des directives européennes sur la répartition des compétences en matière de fréquences radioélectriques*

Le principe de neutralité, à l'égard tant des technologies que des services, on l'a vu précédemment, devrait permettre, l'accessibilité des bandes de fréquences disponibles à tout type de technologie et tout type de services. Selon l'art. 9.3 de la directive « cadre », sauf restriction limitativement énumérées, les bandes de

fréquences utilisées pour les services de communications électroniques doivent être ouvertes pour tous les types de technologie. L'art. 9.4 de la directive « cadre » édicte la même obligation, cette fois à propos de tous les types de services, et prévoit également des exceptions permettant la réalisation d'un intérêt général, tel que notamment « *le pluralisme des médias, par exemple par la fourniture de services de radio et de télédiffusion* ». Ce principe de neutralité, à l'égard des technologies et des services, s'applique obligatoirement à tout droit d'utilisation octroyé après le 25 mai 2011. Il s'imposera également aux droits d'utilisation existants au plus tard cinq ans après la date précitée.

En matière de fréquences radioélectriques, un problème particulier risque de résulter de la mise en œuvre effective dudit principe, à l'égard des services. Ce problème trouve à nouveau son origine dans la répartition des compétences entre l'entité fédérale et les entités fédérées, créant des tensions entre télécommunications et radiodiffusion. En effet, il apparaît que le concept de *services de communications électroniques* est plus large dans la directive que dans le droit fédéral¹¹², car il vise non seulement « *les services de télécommunications* », mais aussi « *les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion* ». Avant l'adoption du RSPP¹¹³, le choix à poser en matière de « dividende numérique » a illustré ces tensions en Belgique : des bandes de fréquences affectées antérieurement à la radiodiffusion pourraient-elles être désormais dédiées aux télécommunications ? Et comment procéder à un tel choix ? La répartition actuelle des compétences¹¹⁴ fédérales et fédérées ne permet pas en effet à une instance unique de trancher : à nouveau, il semble que ce choix ne pourrait être arrêté qu'en coopération. Toutefois, pour la question spécifique de l'actuel « dividende numérique », on peut considérer depuis l'adoption du RSPP que ce choix a été posé à l'échelon européen : au plus tard le 1^{er} janvier 2013¹¹⁵, la bande 800 MHz (790-862 MHz) doit faire l'objet du processus d'autorisation pour pouvoir être utilisée pour les communications à large bande sans fil. Il revient dès lors au pouvoir fédéral de mettre ces obligations européennes en œuvre, en collaboration avec les entités fédérées dans le respect de la jurisprudence constitutionnelle, notamment, comme ce fut le cas pour les autres bandes de radiofréquences mobiles¹¹⁶.

En l'absence de prescriptions européennes précises, des incertitudes existent non seulement sur la substance des mesures à prendre, mais également sur les autorités compétentes. S'agit-il d'une collaboration de type « horizontal » selon laquelle il revient soit aux organismes qualifiés d'ARN de choisir les radiofréquences à libérer et leur affectation future soit aux autorités politiques de le faire ? Jusqu'à présent, les mécanismes de coopération appliqués portent sur la collaboration uniquement entre régulateurs, d'une part, ou uniquement entre législateurs, d'autre part. Or, en matière de fréquences radioélectriques, il n'existe au niveau des communautés aucun régulateur (des médias) dont les

compétences – si compétences il y a – soient comparables à celles de l'IBPT, que le législateur fédéral a chargé de la gestion du spectre radioélectrique¹¹⁷. Ou s'agit-il d'une collaboration de type « oblique » selon laquelle ARN et autorités politiques seraient amenés à coopérer ? Une solution pourrait être empruntée à la législation fédérale adoptée en 2007¹¹⁸ qui prévoit une collaboration – à fixer par accord de coopération – entre l'IBPT et les communautés, bien que la sécurité juridique d'une telle solution sans l'intervention du législateur spécial n'est pas totalement certaine.

2.3.2. *L'impact de la transposition des directives européennes sur la répartition des compétences en matière de droits de passage*

Le nouveau cadre réglementaire impose désormais de statuer sur l'octroi de droits de passage dans les six mois qui suivent la demande¹¹⁹. La transposition de cette exigence nécessite une collaboration entre différents niveaux de pouvoir.

Les articles 97 à 104 de la loi du 21 mars 1991 *portant réforme de certaines entreprises publiques économiques* édictent la réglementation relative aux câbles, lignes aériennes et équipements connexes. Ils règlent le droit d'établissement, c'est-à-dire le droit d'utilisation et le droit de passage sur le domaine public et sur les propriétés privées. Ils sont également applicables aux composants des réseaux de téléphonie mobile¹²⁰. Portant sur les relations entre les opérateurs de réseaux de communications électroniques et les autorités dont relève le domaine public, mais aussi sur les relations entre ces opérateurs et les opérateurs d'autres réseaux, ces règles soulèvent un problème de compétence. En l'absence d'accord de coopération spécifique entre ces entités comme proposé par le Conseil d'État¹²¹, le législateur fédéral a renoncé à modifier les règles en vigueur dans la loi du 21 mars 1991 lors de l'adoption de la loi du 13 juin 2005. Ce problème de compétences concurrentes a surtout été illustré par les débats constitutionnels menés sous un angle financier.

En effet, les règles relatives aux droits de passage mentionnées dans la législation de 1991 ont été modifiées en 1997 pour placer sur pied d'égalité tous les opérateurs de réseaux¹²² ; ce qui leur permettrait de bénéficier, de la même façon que Belgacom, de la possibilité d'installer leur réseau sur le domaine public sans être soumis par l'autorité dont le domaine public dépend à « *aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit* ». Interrogée plus tard sur la gratuité de l'utilisation du domaine public, la Cour constitutionnelle a reconnu dans un premier temps la compétence respective de l'État fédéral et des régions, notamment sous l'angle financier : le premier pour les aspects fiscaux ; les secondes pour le prélèvement de redevances administratives. Elle considère en outre dans le cas d'espèce que l'imposition par la région flamande aux opérateurs de télécommunications d'une autorisation préalable pour l'usage

privatif du domaine public ne rend pas l'exercice de la compétence fédérale impossible¹²³. De même, elle affirme la constitutionnalité de l'imposition par les régions d'une redevance – pas d'un impôt¹²⁴. Certains se demandent pourquoi la Cour constitutionnelle n'a pas dans ce cas précis, sur base du principe de proportionnalité, imposé de coopération entre les différents niveaux de pouvoir concernés en matière de droits de passage, comme elle l'a fait pour les réseaux de communications électroniques en 2004, afin d'éviter des décisions contradictoires¹²⁵. Dans un second temps, la Cour constitutionnelle, appelée à se prononcer sur le pouvoir fiscal des entités locales à propos des mâts et pylônes GSM, a estimé que les communes sont en droit de taxer de telles activités économiques¹²⁶. Son analyse rejoint celle du Conseil d'État, qui estime que la loi fédérale est sans rapport avec l'imposition de taxes communales car leur objet n'est pas d'obtenir « *une rémunération en contrepartie de l'usage privatif du domaine public qu'elles autorisent* » mais de « *taxer l'activité économique des opérateurs de télécommunications* »¹²⁷.

En raison de la modification du cadre réglementaire européen en la matière, le législateur fédéral ne pourra plus s'abstenir d'intervenir à ce sujet dans le cadre de sa transposition en droit interne. En effet, faciliter l'octroi des droits de passage et le partage de ressources est justifié pour favoriser la concurrence et l'efficacité des investissements. L'article 12.3 de la directive « cadre » entend conférer aux ARN le pouvoir d'imposer le partage des éléments de réseaux et des ressources associées, notamment le câblage à l'intérieur du bâtiment pour autant que le dédoublement de l'infrastructure soit considéré comme inefficace d'un point de vue économique. Les ARN seraient également compétentes pour la coordination des travaux publics en collaboration avec les autorités locales. De telles attributions pour l'IBPT ne figurent pas dans la réglementation en vigueur¹²⁸.

§ 3. Le statut des autorités réglementaires nationales

3.1. Une indépendance accrue des différentes autorités impliquées

3.1.1. Une confusion terminologique persistante

Comme nous l'avons déjà indiqué dans une publication précédente, le cadre réglementaire européen de 2002 se caractérisait par une confusion relative au concept d'*autorités réglementaires nationales* (ARN)¹²⁹. Cette ambiguïté n'a hélas pas été levée par le cadre réglementaire de 2009. Les textes européens continuent à souffrir d'hésitations terminologiques. Ils utilisent indistinctement ou non les expressions suivantes : « *autorités réglementaires nationales* » (en général, au pluriel), « *autorités nationales compétentes*¹³⁰ » (en général, au pluriel), « *autorités nationales*¹³¹ », « *autorités réglementaires compétentes*¹³² », « *autorités publiques compétentes*¹³³ », « *autorité*¹³⁴ », « *autorité compétente* », « *autorité nationale compétente*¹³⁵ » ou encore « *autorités compétentes*¹³⁶ ». Ces appellations, floues et multiples compliquent singulièrement la transposition des textes européens au niveau national. En gros, ces autorités sont chargées de participer de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé. En Belgique, l'utilisation par une directive européenne sur les communications électroniques du terme consacré d'ARN n'implique pas nécessairement l'octroi d'une attribution nouvelle au régulateur fédéral, en l'occurrence l'IBPT. A l'inverse, l'absence de mention spécifique de l'ARN dans une directive européenne pour une tâche précise ne fait pas obstacle à l'attribution d'une telle tâche au régulateur fédéral. Tout sera fonction de thématiques ou de règles de répartition des compétences au sein de l'État. La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois réaffirmé la nécessité de l'indépendance de l'ARN par rapport à certains intérêts. Elle a ainsi explicitement reconnu, dans une affaire relative à l'assignation de numéros, que la directive « cadre » n'imposait ni n'empêchait la pluralité d'ARN au sein d'un même État membre, « *sous réserve que la répartition des tâches soit rendue publique, aisément accessible et notifiée à la Commission des Communautés européennes*¹³⁷ ». Cette marge de manœuvre ne permet pas pour autant à un État membre de limiter le pouvoir discrétionnaire de son ARN en l'encadrant par des critères de telle manière que le Parlement dudit État pourrait lui-même exercer une des compétences de l'ARN¹³⁸. La Cour de justice l'a clairement exprimé à propos du régulateur des secteurs de l'électricité et du gaz. Elle a jugé que l'État membre concerné – dans le cas d'espèce, la Belgique – ne pouvait attribuer à une autre autorité une compétence que le législateur européen a reconnue au régulateur national : « *Il convient de constater que, dans un tel contexte, l'intervention du Roi dans la détermination d'éléments importants*

pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir »¹³⁹.

3.1.2. Une indépendance accrue du régulateur par rapport au pouvoir politique ?

Selon l'article 3 de la directive « cadre », consacré au statut des ARN, elles doivent être « *juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes* » des opérateurs. En outre, en cas de maintien de l'actionnariat public dans l'un d'entre eux, est requise une « *séparation structurelle effective de la fonction de réglementation* » et des activités liées à la « *propriété* » ou à la direction¹⁴⁰. Le cadre réglementaire de 2002 requérait ainsi seulement l'indépendance du régulateur par rapport aux opérateurs. Ceci avait incité la Commission européenne à soulever en 2005 un problème lié à la composition des portefeuilles ministériels¹⁴¹ au sein du gouvernement fédéral. En revanche, l'indépendance du régulateur par rapport au pouvoir politique n'était pas prévue par les directives de 2002¹⁴².

Si la volonté de soustraire les ARN à des influences extérieures semble clairement établie, l'impact précis du texte demeure incertain. La formulation plus générale du considérant pertinent¹⁴³ laisse subsister une imprécision¹⁴⁴. Par ailleurs, le champ d'application de cette autonomie renforcée est plutôt restrictif. A la différence des directives de 2002, cela ne vise plus toutes les ARN, mais celles « *responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises* ». Ceci pourrait signifier que dans les missions autres que celles énumérées, l'indépendance par rapport au pouvoir politique n'est pas requise par le droit européen. En revanche, du fait de cette soustraction à l'influence extérieure, il semble désormais acquis que le Parlement ne peut être désigné comme ARN¹⁴⁵, question que la Cour de justice n'avait pas tranchée sous le cadre réglementaire de 2002¹⁴⁶.

Un deuxième facteur d'incertitude repose sur l'articulation des exigences de principe et des exceptions successivement énoncées par le texte de l'article 3.3*bis* de la directive « cadre » : les ARN « *responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises* » doivent être protégées d'influences extérieures ; cette protection ne fait pas obstacle à une surveillance de ces ARN voulue par le droit constitutionnel ; seul l'organisme de recours peut « *suspendre ou infirmer les décisions prises par* » ces ARN. Dans le cadre de la transposition en droit interne de ces différents énoncés, on pourrait raisonnablement conclure à la possibilité d'une surveillance du pouvoir exécutif, même en ce qu'elle serait exercée sur cette catégorie précise de régulateurs, mais sans toutefois permettre qu'un contrôle de tutelle puisse en suspendre ou en infirmer les

décisions. Pour ne pas vider le renforcement de l'autonomie de sa substance, il faudrait aussi éviter que l'exercice du contrôle « étendu » sur les missions autres que celles de « *la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises* », ne réduise l'indépendance que le droit européen a précisément voulu amplifier. Pareil danger avait été signalé par la Cour de justice en matière de traitement des données à caractère personnel, comme nous le verrons plus loin.

La disposition législative fédérale permettant au Ministre compétent d'exercer une tutelle spéciale sur l'IBPT prévoit un mécanisme de suspension de l'exécution des décisions de l'IBPT qui heurteraient la légalité ou l'intérêt général¹⁴⁷. Cette disposition n'a pas été appliquée, depuis son adoption en 2003, faute d'arrêté d'exécution. Toutefois, elle a dès l'origine¹⁴⁸ attiré l'attention de la Commission européenne dans un rapport de mise en œuvre des directives¹⁴⁹. *A fortiori*, le libellé nouveau de l'article 3.3bis de la directive « cadre » devrait renforcer l'attention de la Commission. Il serait cependant possible de considérer que le tempérament prévu dans le texte européen permette de lever l'obstacle à l'organisation d'un contrôle préalable de l'action de l'ARN. Il s'inscrit dans le droit fil des principes rappelés au considérant 11 de la directive « cadre » de 2002 : « *Cette exigence d'indépendance ne porte pas atteinte à l'autonomie institutionnelle ni aux obligations constitutionnelles des États membres, ni au principe de neutralité, établi à l'article 295 du traité, à l'égard des règles régissant le régime de la propriété applicables dans les États membres* ».

Il faut toutefois rappeler que les principes constitutionnels avaient précisément justifié les fortes critiques du Conseil d'État à l'égard de l'avant-projet devenu la loi du 17 janvier 2003¹⁵⁰. De telles critiques ont été évoquées à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de loi transposant les directives de 2002¹⁵¹ ainsi qu'à l'examen de l'avant-projet de loi transposant la directive postale de 2008¹⁵². En effet, sur le plan constitutionnel, plus le degré d'autonomie d'une autorité publique augmente, plus le besoin de contrôle se fait sentir¹⁵³. Il faut à la fois un contrôle juridictionnel *a posteriori* et un contrôle de tutelle *a priori*. Les deux formes de contrôle répondent à des impératifs distincts. L'un vise à protéger les administrés contre les excès de pouvoir ; l'autre vise à permettre au pouvoir exécutif d'assumer sa responsabilité politique devant le Parlement¹⁵⁴.

Dans les faits, il a été constaté que depuis 2003, l'IBPT n'est plus contrôlé *a priori* dans son action régulatrice. La Commission européenne partage cette analyse¹⁵⁵. Dans une étude récente, D. Stevens¹⁵⁶ estime que cette carence serait inacceptable d'un point de vue démocratique et constitutionnel, particulièrement en matière de régulation économique. D'après lui, l'anomalie devrait être corrigée par plusieurs mécanismes de contrôle effectif. Cela vise la mise en œuvre du mécanisme de contrôle gouvernemental prévu par la loi – particuliè-

rement là où le pouvoir discrétionnaire de l'Institut est le plus grand – ; l'approbation gouvernementale du plan de gestion de l'IBPT ; la publication d'une note stratégique ; l'amélioration de l'échange d'information avec le ministre responsable ; enfin l'élargissement des moyens de contrôle. Cette critique et les remèdes qui sont dès lors proposés ne font pas l'unanimité. D'autres admettent que l'indépendance voulue par le droit de l'Union européenne pour les ARN conduise à ce qu'elles « *échappent très largement à un contrôle démocratique*¹⁵⁷ » *a priori*, à condition toutefois qu'un recours de pleine juridiction *a posteriori* empêche une « *dangereuse omnipotence*¹⁵⁸ » (Voir point 3.6).

Avant d'envisager l'application pure et simple du mécanisme de contrôle *a priori* institué par le législateur fédéral en 2003 qui est préconisée par D. Stevens, il faut toutefois s'assurer de sa compatibilité avec les jurisprudences européenne et constitutionnelle récentes.

La jurisprudence européenne n'offre pas d'illustration qui soit suffisamment proche du secteur des communications électroniques pour être pertinente. Il existe toutefois, dans un autre secteur, une affaire digne d'intérêt à propos du statut des autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données à caractère personnel en Allemagne¹⁵⁹.

Il serait erroné de considérer que l'absence de tout contrôle effectif du pouvoir exécutif sur l'action régulatrice de l'IBPT serait désormais garantie par le droit européen. L'indépendance de chaque ARN est tempérée par la directive « cadre » elle-même qui organise, en ses articles 7 et 7*bis* une procédure de contrôle renforcé à l'échelon européen par la Commission européenne, le pouvoir exécutif européen, et l'ORECE¹⁶⁰. De plus, même si les réserves émises par la Cour de justice devaient être transposables à la mise en œuvre des directives de 2009, cela ne conduirait pas pour autant à supprimer toute forme de contrôle *a priori* sur l'IBPT. Un tel contrôle est, rappelons-le, expressément permis dans les limites prescrites par l'art. 3.3*bis* de la directive « cadre ». Une forme de droit de regard par rapport à un programme de priorités pourrait, par exemple, être envisagé dans certaines limites.

En 2010, un arrêt de la Cour constitutionnelle a modifié quelque peu la situation existante¹⁶¹. La Cour a en effet consacré l'indépendance très large du régulateur des secteurs du gaz et de l'électricité (la C.R.E.G.), ne l'estimant pas incompatible avec l'art. 37 de la Constitution. Elle consacre ainsi une rupture par rapport à la position défendue par la section de législation du Conseil d'État.

Dans l'avant-projet de loi de transposition du nouveau cadre européen des communications électroniques, la thèse de la Cour constitutionnelle dans le domaine de l'énergie a été extrapolée au secteur des télécommunications. Ainsi, un article de l'avant-projet abroge la possibilité laissée jusqu'alors au ministre en charge de proposer au Conseil des ministres d'user d'une tutelle spéciale à l'égard de

certaines décisions de l'IBPT¹⁶². Comme le note fort bien une observatrice, l'arrêt de la Cour constitutionnelle maintient toutefois un problème constitutionnel important. On peut se demander comment une autonomie maximaliste de l'ARN peut être contrebalancée, comme le fait la Cour, par un prétendu contrôle parlementaire qui porte sur l'action du gouvernement, alors que celui-ci ne peut assumer précisément d'influence ni de responsabilité par rapport au régulateur¹⁶³. Cette considération amène à conclure que dans les faits, la Cour constitutionnelle établit une autonomie des ARN des secteurs du gaz et de l'électricité sans autre contrepois que le seul contrôle juridictionnel *a posteriori* dans le cadre d'un recours.

Dans le secteur des télécommunications, il existe des mécanismes procéduraux préalables à l'adoption de certaines décisions : consultations (publiques) et soumission des projets à des instances diverses (Conseil de la Concurrence, régulateurs communautaires des médias et Commission européenne). Outre de tels mécanismes, il faudra sans doute chercher ce contrepois dans le rôle reconnu récemment à la Chambre des Représentants d'examiner tous les trois ans le plan stratégique de l'IBPT et d'entendre chaque année ses représentants¹⁶⁴. Un rôle similaire pourrait être reconnu au gouvernement si le projet de loi que ce dernier a approuvé était adopté par le Parlement.

Un troisième élément délicat de la transposition du nouveau cadre réglementaire résulte de la règle européenne selon laquelle les ARN « *ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches ... assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire* »¹⁶⁵. Cette règle entraîne aussi des répercussions sur la collaboration de l'IBPT avec les autorités de concurrence dans le cadre des analyses de marchés. La loi fédérale¹⁶⁶ et la jurisprudence¹⁶⁷ prévoient en effet que l'IBPT doit respecter l'avis contraignant du Conseil de la concurrence. Cela ne semble plus possible à l'avenir.

Il faut enfin noter que la directive « cadre » prévoit des garanties, sous forme de motivation formelle et de publicité, dans le but d'éviter aux dirigeants du régulateur d'être victimes d'un licenciement arbitraire ou abusif¹⁶⁸. La transposition de ces règles ne devrait toutefois pas susciter de difficulté.

3.1.3. *Une indépendance accrue de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques par rapport au pouvoir politique ?*

L'accord de coopération de 2006 présente la particularité de prévoir un mécanisme de substitution. En cas de saisine de la *Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques* (C.R.C), lorsque les différents régu-

lateurs qui y siègent dans sa composition habituelle n'aboutissent pas à un consensus 75 jours après la saisine, ils peuvent être remplacés par les membres du Comité interministériel. Ce sont donc des ministres du gouvernement de l'État fédéral et des communautés qui se substituent auxdits régulateurs.

Dès l'origine, ce mécanisme de substitution a été critiqué. Des objections liées à la conformité de l'accord de coopération de 2006 à l'article 3 de la directive « cadre » de 2002 sur l'indépendance de l'ARN envers les entreprises avaient été exprimées par la section de législation du Conseil d'État¹⁶⁹. La Commission européenne a exprimé des hésitations par rapport à la conformité du système de coopération au cadre réglementaire à propos de l'effectivité de la séparation structurelle des fonctions d'exploitation et de réglementation, dans la mesure où l'État intervient encore dans la fourniture de certains services¹⁷⁰. La doctrine estime également que l'indépendance n'est pas garantie¹⁷¹.

L'affirmation de l'indépendance dans la révision de cette directive en 2009, non seulement par rapport aux entreprises, mais en outre par rapport à des pressions extérieures met encore davantage à mal le mécanisme de substitution prévu par l'accord de coopération précité. Il y a cependant lieu de préciser qu'un tel mécanisme n'a pas été appliqué.

3.1.4. *Une indépendance accrue des instances chargées de résoudre les litiges entre entreprises par rapport au pouvoir politique ?*

L'organisme en charge de la résolution des litiges entre entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques constitue également une ARN. Dans la législation fédérale belge, cet organisme est le Conseil de la concurrence¹⁷². De ce fait, il doit lui aussi être organisé conformément à l'article 3 de la directive « cadre ». L'attribution de tels pouvoirs a été jugée problématique à plusieurs égards sur le plan constitutionnel.

Tout d'abord, dans la mesure où les litiges introduits devant le Conseil de la concurrence peuvent porter sur des droits subjectifs à caractère civil, cette compétence serait dans ce cas anticonstitutionnelle. Il semble que le Conseil de la concurrence ait pris cette difficulté en considération. Dans une décision récente, il reconnaît son incompétence à propos de litiges portant sur des contrats déjà conclus entre opérateurs, qui relèvent de la compétence exclusive des cours et tribunaux¹⁷³. Il estime cependant que, le législateur n'ayant pas pu lui attribuer une compétence anticonstitutionnelle, les litiges dont il serait saisi ne peuvent que porter sur des droits subjectifs à caractère politique¹⁷⁴. Ensuite, le type de litiges concernés est beaucoup plus restrictif que le champ d'application – plus général – de l'article 20 de la directive « cadre »¹⁷⁵. Un troisième problème résulte de l'examen de conformité de la loi fédérale à l'article 3 susmentionné :

cet article impose désormais de vérifier le degré d'indépendance du Conseil de la concurrence au pouvoir politique.

Il serait sans doute intéressant d'examiner les liens entre le Conseil de la concurrence et le SPF économie, et à travers lui avec l'État belge (actionnaire de Belgacom ou de la Poste), dans la mesure où de tels liens pourraient constituer des éléments témoignant de l'absence d'impartialité objective du Conseil. On pourrait aussi s'interroger sur le respect par le Conseil de la concurrence des exigences de l'article 6, § 1^{er} de la CEDH qui donne droit à un procès équitable pour tous. Dans le contentieux purement objectif, ces imperfections semblent surmontables.

Les opérateurs disposent toujours du droit de soumettre leurs litiges aux Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire, en vertu de l'article 144 de la Constitution¹⁷⁶.

3.2. *La disposition de moyens financiers et humains adaptés*

L'article 3.3 de la directive « cadre » révisée en 2009 impose aux États membres de veiller à ce que « *les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées* ». Ce nouvel ajout reprend de façon presque littérale le texte figurant dans le considérant 11 de la directive « cadre » de 2002. La mise en œuvre de cette exigence pourrait poser plusieurs difficultés.

La législation¹⁷⁷ fédérale en vigueur prévoit la rétrocession à l'État de l'excédent budgétaire issu des revenus de l'IBPT. Certains auteurs estiment que cette rétrocession n'est pas conforme à l'article 12.2 de la directive « autorisation », dans la mesure où l'excédent budgétaire rétrocédé n'est pas affecté au secteur des communications électroniques¹⁷⁸. En outre, la disposition précitée prévoit un régime d'ajustement budgétaire annuel reposant sur la différence entre « *la somme totale des taxes et des coûts administratifs* ».

L'existence même d'un surplus budgétaire tendrait à démontrer que les moyens budgétaires du régulateur seraient en partie superflus par rapport à ses besoins fonctionnels. Ceci apparaît paradoxal dans la mesure où le manque de moyens humains du régulateur fédéral fait l'objet de critiques récurrentes¹⁷⁹. Il a été d'ailleurs épinglé par la Commission européenne dans plusieurs de ses rapports de mise en œuvre des directives européennes relatives aux communications électroniques¹⁸⁰, malgré une augmentation limitée du cadre organique de l'IBPT en 2007¹⁸¹.

L'article 3.3 de la directive « cadre » devrait inciter à conférer à l'IBPT les effectifs suffisants pour exécuter les missions multiples confiées et à confier par le législateur. A cet égard, il est étrange de constater qu'une imposition particulière

de 1.200.000 euros soit demandée au régulateur par une loi récente¹⁸² pour financer le fonds de traitement de surendettement. Une telle mesure laisse perplexe par rapport à sa compatibilité¹⁸³ avec les nouvelles directives de 2009. Cette même loi a prévu le transfert des moyens humains, financiers et matériels de l'IBPT vers un ministère¹⁸⁴. Selon les explications fournies par le Ministre en charge lors des travaux préparatoires, « *c'était nécessaire pour donner suite à la demande de l'Europe de ne pas confier le travail réglementaire du secteur des télécommunications et des services postaux au régulateur sectoriel qu'est l'IBPT* »¹⁸⁵, sans autre précision. Le Conseil d'État n'a pas manqué de souligner que l'habilitation donnée au pouvoir exécutif pour réaliser ce transfert devait être compatible avec le principe d'indépendance requis par l'art. 3 de la directive « cadre »¹⁸⁶.

3.3. *La possibilité de sanctionner efficacement les infractions*

Les directives de 2009 visent à renforcer les possibilités de sanctions administratives. La directive 2009/136/CE confère à « *l'autorité nationale et, le cas échéant, (à) d'autres organismes nationaux* » un pouvoir de cessation des infractions commises en matière de respect de la vie privée et de protection des données ainsi qu'un pouvoir général de contrôle et de surveillance en la matière¹⁸⁷. La directive 2009/140/CE étend les possibilités de sanctions administratives dans le cadre du régime des autorisations générales et des droits d'utilisation. L'art. 10.5 de la directive « autorisation », remplacé par la directive 2009/140/CE, habilite en effet les ARN à intervenir en cas de manquements graves ou répétés, et d'infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives même après que le manquement constaté ait été corrigé.

Les modifications apportées par le législateur européen ne rendent pas aisée sa traduction en droit interne tant est vaste l'énumération de manquements potentiels auxquels il est fait référence¹⁸⁸.

Il faut préciser que cette manière de procéder a déjà été à l'origine des difficultés de transposition des directives européennes dans leur version de 2002. En 2009, le législateur fédéral avait tenté d'adapter la législation de manière plus fidèle au prescrit européen¹⁸⁹ qu'il ne l'avait fait en 2005, sans toutefois y parvenir, selon le document de consultation publié dans le cadre de la transposition des directives européennes de 2009¹⁹⁰.

3.4. *L'obtention du pouvoir réglementaire*

Tout comme en 2002, les textes européens de 2009 confèrent aux ARN de larges habilitations, notamment de nature réglementaire. Dans la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») les pouvoirs d'imposer une obligation d'information (art. 21.3), de fixer les exigences minimales en matière de qualité de service (art. 22.3), ou de fixer des conditions en matière de services de renseignement téléphonique (art. 25.3) constituent des exemples d'une telle nature. Ceci vaut également pour le pouvoir prévu par la directive 2002/58/CE (directive « *vie privée et communications électroniques* ») d'édicter les lignes directrices et les instructions en cas de violation de données à caractère personnel (art. 4.4). Le principe de l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux ARN suscite des difficultés et fait débat. Il faut rappeler qu'en droit constitutionnel belge, le pouvoir d'édicter des règles générales et abstraites relève des compétences des pouvoirs législatifs et exécutifs. Il se déduit de l'article 33 de la Constitution belge que les pouvoirs régis par celle-ci ne peuvent être exercés que par les organes désignés à cette fin. S'agissant du pouvoir exécutif, c'est au Roi (ou éventuellement, aux ministres du Gouvernement fédéral) qu'il appartient de l'exercer au niveau fédéral (articles 37 et 108 de la Constitution), tandis que pour les entités fédérées l'exercice de ce pouvoir est attribué aux Gouvernements des Communautés ou des Régions (article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980). L'exercice du pouvoir exécutif ne peut être confié à des institutions échappant au contrôle des autorités politiques et, plus particulièrement, des assemblées législatives.

Lors de la transposition des directives de 2002, le Conseil d'État avait rappelé l'inconstitutionnalité certaine en droit belge de l'octroi d'un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante¹⁹¹. De telles compétences devraient être exercées par le Roi. Or, la qualification d'ARN a, pour le Roi ou le Ministre, été jugée problématique, notamment pour une question de conflit d'intérêts¹⁹². C'est pour cette raison que l'art. 60 de la loi précitée du 13 juin 2005 a été modifié¹⁹³ afin de transférer du Roi à l'IBPT la compétence de spécifier le modèle et la méthodologie comptable. Le Conseil d'État n'a cependant pas commenté cette compétence de fixer des règles générales et abstraites. La Cour d'appel de Bruxelles a qualifié les décisions de l'IBPT de « *réglementaires ou individuelles*¹⁹⁴ ». Il existe également des commentaires faisant état d'un pouvoir réglementaire¹⁹⁵ dans le chef de l'IBPT. Par ailleurs, si les compétences dévolues aux ARN par les directives européennes étaient à nouveau confiées au Roi, cela reviendrait nécessairement à qualifier celui-ci d'ARN. Or, le nouvel article 3 de la directive « cadre » poserait un problème de compatibilité quant à l'exigence d'indépendance. Il ne s'agirait pas en effet pour le Roi d'assumer un contrôle sur l'activité du régulateur mais d'exercer une compétence en tant qu'ARN.

Au regard des principes constitutionnels précités, confier le pouvoir exécutif à une ARN non soumise à contrôle parlementaire suffisant pour l'exercice d'un tel pouvoir, on l'a vu, suscite des réticences. La force contraignante des règlements édictés par une telle autorité est incertaine. Leur caractère obligatoire est contestable en l'absence de publication obligatoire au *Moniteur belge*. Faute de soumission obligatoire à la section de législation du Conseil d'État, le contrôle préalable du respect des principes de technique législative, de légalité et de conformité est inexistant. Les seuls tempéraments que le Conseil d'État admet traditionnellement ont trait aux règlements d'une autorité administrative indépendante portant sur des matières techniques à portée limitée, et à condition d'être avalisés par le pouvoir exécutif, qui dispose donc du pouvoir de les modifier¹⁹⁶.

La loi statutaire de 2003 sur l'IBPT n'a pas établi de tels mécanismes. Si le régulateur adoptait des actes administratifs de nature réglementaire, ce serait sans limitation quant à leur portée, sans soumission préalable au Conseil d'État, sans confirmation ministérielle ou gouvernementale, sans publication au *Moniteur belge* et, sans contrôle juridictionnel de pleine juridiction. La contestation des actes *réglementaires* de l'IBPT ne pourrait plus être portée devant le Conseil d'État en raison du transfert de compétences opéré en 2003 par le législateur vers la Cour d'appel de Bruxelles. Or, celle-ci avait estimé dans un arrêt de 2004 que son pouvoir de réformation se limite aux décisions de l'IBPT à portée individuelle. Le législateur n'ayant conféré à la Cour aucun pouvoir réglementaire pour édicter une norme de droit, son pouvoir de réformation ne s'étend donc pas aux actes de l'IBPT de nature réglementaire¹⁹⁷.

On assiste peut-être à une possible réconciliation des principes constitutionnels exposés plus haut et des exigences d'indépendance imposées par le cadre réglementaire européen de 2009. On l'a vu, la législation fédérale a instauré une forme de contrôle parlementaire sur l'IBPT¹⁹⁸ et le Conseil d'État n'a pas émis d'observation par rapport à un transfert à l'IBPT de pouvoirs dévolus antérieurement au Roi par le législateur. Il faut souligner que la jurisprudence de la Cour susmentionnée est extraite d'un des premiers arrêts rendus à propos de la contestation des décisions de l'IBPT, sur base d'une compétence qui était neuve pour cette juridiction.

3.5. *Le devoir d'impartialité dans l'exercice des pouvoirs*

La réforme de 2009 a apporté une autre innovation, discrète en apparence, mais profonde. Servant de binôme à la notion d'indépendance, une nouvelle exigence s'impose désormais aux ARN: le devoir d'impartialité. Celui-ci est établi par l'article 3 de la directive « cadre » : « *Les États membres veillent à ce que les*

autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale, transparente et au moment opportun ».

En théorie, il est en effet possible pour une ARN de jouir d'un statut indépendant tout en exerçant ses responsabilités de manière arbitraire ou partisane¹⁹⁹. La précision indiquée dans le texte est donc nécessaire. Elle est jugée à ce point essentielle que la Commission européenne a par la suite préconisé l'instauration d'un régime de sanctions administratives, civiles ou pénales suffisamment dissuasives à l'encontre des personnes à la tête de l'ARN²⁰⁰. Cette question, il convient de le noter, a été posée récemment en Belgique dans d'autres débats relatifs à d'autres autorités de régulation²⁰¹ (énergie et transports ferroviaires).

3.6. *L'obligation de contrôle par un recours de pleine juridiction*

Dans sa version de 2009 comme dans celle de 2002, l'article 4 de la directive « cadre » impose un recours effectif et efficace auprès d'un organisme disposant des « *compétences appropriées* » contre les décisions des ARN et que « *le fond de l'affaire soit dûment pris en considération* ». Ceci a été compris par certains comme n'exigeant plus seulement un simple contrôle de légalité, mais un contrôle de pleine juridiction. L'instance de recours devrait ainsi pouvoir substituer sa décision à celle de l'ARN²⁰². La terminologie de l'article 4 demeure cependant ambiguë²⁰³. Dans les faits, ce pouvoir de substitution n'a pas été exercé par l'organisme de recours, sans avoir pour autant exposé jusqu'ici la Belgique à des critiques de la part des autorités européennes.

Transposant l'article 4 précité, la législation fédérale belge du 17 janvier 2003²⁰⁴ a prévu, tout comme l'a prévu la loi française²⁰⁵, un recours de pleine juridiction. Il doit être porté devant la Cour d'appel de Bruxelles. Par comparaison, les législateurs des communautés ont prévu un recours en annulation devant la section d'administration du Conseil d'État. Cela a été expressément prévu pour les décisions du régulateur des médias de la Communauté germanophone, le « Mediënrat »²⁰⁶. Cela relève des compétences générales du Conseil d'État pour le régulateur des médias de la Communauté flamande, le « VRM » ainsi que pour le régulateur des médias de la Communauté française, le « CSA »²⁰⁷. Or, le Conseil d'État ne statue que rarement en pleine juridiction²⁰⁸. Selon l'accord de coopération de 2006, ce n'est que lorsque le projet de décision d'un des régulateurs des médias est adopté par la Conférence des Régulateurs (CRC), qu'un recours est ouvert devant la Cour d'appel de Bruxelles²⁰⁹, qui « *peut remplacer la décision contestée par une nouvelle décision* ». Cette disparité ne garantit pas l'unité de jurisprudence dans l'application par les autorités belges des directives européennes relatives aux communications électroniques²¹⁰.

Au niveau fédéral, s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation de 1991, la Cour d'appel de Bruxelles a cependant estimé que le principe de séparation des pouvoirs ne lui permettait pas de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration²¹¹. Pour autant que la demande de l'appelant ne se limite pas à une annulation²¹², ce ne serait que dans le cas d'une compétence liée ou d'une erreur manifeste d'appréciation que la Cour procèderait à une réformation de la décision du régulateur. Elle a précisé qu'il faut encore que « *cette substitution puisse s'accomplir sans porter atteinte à une règle de procédure ou de concertation qui présidait à l'adoption de ladite décision par l'IBPT elle-même*²¹³ ». Cette précision, combinée au refus de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de l'IBPT, entraîne donc un rétrécissement considérable du champ d'application de décisions sujettes à une révision éventuelle par cette Cour. De nombreuses décisions du régulateur fédéral, on l'a signalé (voir point 3.1.2) sont soumises à des mécanismes procéduraux préalables à leur adoption, mécanismes que la Cour ne serait pas en mesure de respecter pour des raisons organiques.

Cette jurisprudence, reposant sur une interprétation *contra legem*, a été réaffirmée régulièrement²¹⁴. La loi du 31 mai 2009²¹⁵ lui a par ailleurs conféré une nouvelle légitimité²¹⁶. Elle fait débat. Certains la condamnent car l'arrêt de la Cour de cassation de 1991 sur lequel elle est fondée ne concerne pas une matière pour laquelle la Cour d'appel de Bruxelles est dotée d'un pouvoir de pleine juridiction²¹⁷. Plus fondamentalement, cette jurisprudence reposerait sur une conception dépassée de la séparation des pouvoirs, qui devrait évoluer sous l'influence du droit de l'Union européenne ayant octroyé de larges pouvoirs aux organismes indépendants²¹⁸. De plus, en matière financière, la Cour d'appel de Bruxelles a agi au cas par cas²¹⁹, n'hésitant pas à empiéter sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration²²⁰. Ainsi a-t-elle exercé un pouvoir de réformation imposant elle-même une amende administrative après avoir anéanti celle que la Commission bancaire, financière et des assurances (C.B.F.A.) avait fixée²²¹. Enfin, cette jurisprudence se démarque totalement de la position adoptée bien après que la Cour de cassation eut rendu son arrêt de principe en 1991²²². En revanche, d'autres la soutiennent, soulignant le caractère objectif du recours établi devant la Cour d'appel de Bruxelles qui limiterait son pouvoir à un contrôle de légalité de l'acte attaqué. L'impossibilité pratique de recommencer toute l'instruction de l'IBPT est mise en avant ainsi que la nécessité de respecter les formalités auxquelles ses décisions sont soumises²²³. En conclusion, « *les uns dénoncent la réticence de la Cour à exercer un pouvoir de « pleine juridiction » dans le sens d'un pouvoir de substitution. D'autres y voient de la sagesse*²²⁴ ».

En tout cas, en s'en tenant à un contrôle de légalité, la Cour d'appel de Bruxelles a donc, dans les faits, donné au recours de pleine juridiction une portée plus restreinte²²⁵ que celle voulue par la norme fédérale de transposition du texte européen. Un problème de mise en œuvre des directives européennes pourrait

ainsi, le cas échéant, se poser. Dans ce contexte, la valeur ajoutée du transfert du contentieux en 2003 du Conseil d'État vers la Cour d'appel de Bruxelles a été soulevée²²⁶. Mais également la question de la sécurité juridique.

On peut poser la question autrement : qui du régulateur ou de son juge de recours doit avoir le dernier mot ? La compréhension de la volonté européenne par le législateur fédéral est que la longueur des procès étant particulièrement inappropriée pour un secteur évoluant rapidement, il fallait rapidement pouvoir mettre un terme à l'insécurité juridique créée par le recours contre la décision du régulateur. La manière d'y arriver consiste à permettre au juge de recours de revoir le fond de l'affaire de manière définitive. Dans l'intervalle, la décision contestée du régulateur est maintenue. C'est dans cet esprit que la volonté européenne a été traduite par la soustraction du contentieux au Conseil d'État, pour le confier à la Cour d'appel de Bruxelles, statuant comme en référé et disposant de pouvoir de pleine juridiction. En bref, un pouvoir de réformation pouvant s'exercer rapidement.

Mais l'objectif de sécurité juridique n'a pu être atteint de la sorte. Le refus de principe de la Cour d'appel de Bruxelles d'appliquer la norme fédérale dans le sens voulu par le législateur a conduit à des situations de vide juridique. En cas d'annulation de la décision de l'IBPT – annulation qui produit un effet rétroactif –, la période couverte entre l'adoption de la décision annulée et l'arrêt d'annulation de la Cour échapperait définitivement à la régulation de l'IBPT, ce dernier ne pouvant, d'après la Cour, adopter de décisions ayant elles-mêmes un effet rétroactif²²⁷. Cette jurisprudence a amené le législateur à trouver une autre solution à l'insécurité juridique issue de la contestation de la décision du régulateur et de son annulation éventuelle : l'octroi au régulateur d'un pouvoir décisionnel rétroactif²²⁸ en cas d'annulation par cette Cour. Cela signifie qu'il peut adopter une décision de réfection produisant des effets à la date à laquelle l'acte annulé était censé sortir les siens. C'est donc le régulateur, et non le juge qui a le dernier mot, sous certaines conditions précisées dans la loi. La doctrine n'exclut cependant pas un certain « effet boule de neige » lié à ce pouvoir de réfection : la décision rétroactive peut, elle aussi, être annulée²²⁹.

De surcroît, cette jurisprudence abstentionniste de la Cour et sa confirmation ambiguë par le législateur mettent à mal l'équilibre institutionnel au sein du pouvoir exécutif entre l'indépendance du régulateur et la nécessité constitutionnelle de contrôle politique à exercer sur ce dernier. Dans les faits, il n'existe alors pas de contrepois à l'autonomie de l'IBPT, ce qui, paradoxalement, porterait davantage atteinte à la séparation des pouvoirs qu'un contrôle de pleine juridiction effectivement exercé²³⁰.

Du point de vue du droit communautaire, seule l'instance de recours a le droit de suspendre (en cas d'urgence afin d'éviter un préjudice grave et irréparable²³¹)

ou d'infirmen les décisions du régulateur, d'après l'article 3.3*bis* nouveau de la directive « cadre ». Du point de vue du droit constitutionnel, l'indépendance par rapport au pouvoir politique ne peut être accordée que dans la mesure où il existe, notamment, un recours de pleine juridiction, ce qui a été accueilli favorablement par la doctrine²³².

De façon curieuse, l'article 4 de la directive « cadre » a été par surcroît, lui aussi, modifié. Il prévoyait en 2002 que « *dans l'attente de l'issue de la procédure, la décision de l'autorité réglementaire nationale est maintenue, sauf si l'organisme de recours en décide autrement* ». Or, dans la version de 2009, le pouvoir suspensif de l'organisme de recours a été remplacé par l'adoption de mesures provisoires. En clair, la décision de l'ARN est maintenue pendant l'examen du litige « *sauf si des mesures provisoires sont octroyées conformément au droit national* ». Le considérant 14 de la directive 2009/140/CE précise que ces mesures provisoires « *suspendant l'effet de la décision d'une autorité réglementaire nationale ne devraient être accordées qu'en cas d'urgence afin d'éviter un préjudice grave et irréparable à la partie requérant ces mesures et si l'équilibre des intérêts l'exige* ». Il sera donc nécessaire de procéder à des adaptations législatives en la matière²³³.

Au niveau du recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, on l'a vu, le problème ne se pose pas en termes de législation inadaptée, mais plutôt de jurisprudence à portée restrictive. Sans y voir pour autant un lien de causalité, il y a cependant eu une volonté politique de transférer le contentieux de la Cour d'appel de Bruxelles au Conseil de la concurrence²³⁴, sans exécution jusqu'à présent. Il faudrait, dans cette hypothèse, s'assurer que cette autorité de la concurrence réponde à toutes les exigences d'indépendance requises par le droit européen.

Il est également frappant de constater que le législateur a récemment transféré du Conseil d'État à la Cour d'appel de Bruxelles la compétence de connaître des litiges relatifs aux décisions du régulateur ferroviaire²³⁵. Une des raisons de ce transfert procède du monopole du pouvoir judiciaire en matière de contestation portant sur des droits subjectifs à caractère civil²³⁶. Or, d'après les travaux préparatoires de cette législation, l'enjeu véritable de la contestation de la légalité d'un acte administratif peut porter sur un droit subjectif, auquel cas la compétence du Conseil de la concurrence devrait s'effacer. Ce dernier constitue une juridiction administrative n'appartenant, par définition, pas au pouvoir judiciaire.

La modification de l'article 4 de la directive « cadre » pourrait entraîner également une modification de l'article 5 de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 précité en raison des modifications apportées à l'effet suspensif éventuel en cas de recours.

En synthèse, le législateur belge avait déduit, à tort ou à raison, dans un premier temps l'exigence d'un recours de pleine juridiction permettant à l'organe chargé des recours d'avoir le dernier mot. Dans un second temps, il a procédé à un revirement. En qualifiant le contentieux d'objectif, le législateur se range à l'opinion de la doctrine selon laquelle il n'appartient pas au juge de substituer son appréciation à celle du régulateur.

§ 4. Les évolutions économiques et sociétales

Outre les questions posées par les normes constitutionnelles et le statut des autorités de régulation nationales, le nouveau cadre réglementaire européen suscite d'autres interrogations.

4.1. *L'extension du service universel à la large bande*

La directive 2009/136/CE ne modifie pas le champ d'application du service universel. Dans une communication de 2008²³⁷, la Commission européenne avait estimé que les conditions ne se trouvaient pas réunies pour élargir le service universel aux services mobiles et à la large bande. Elle annonçait une éventuelle révision, toujours en cours d'examen. Une consultation publique a été tenue début 2010²³⁸. Parmi les thèmes examinés figurent l'accessibilité aux réseaux et services de communications électroniques des personnes handicapées, à bas revenus ou vivant dans une région isolée, le financement, mais aussi l'extension du service universel à l'accès à l'Internet à large bande. Dans son programme de travail pour l'année 2010 toutefois, la Commission européenne ne prévoyait pas d'initiative législative en la matière. Elle reprenait tout au plus sous le titre « Agenda numérique », une communication reprenant la synthèse de la consultation publique ainsi qu'une prise de position sur la nécessité de revoir la directive 2002/22/CE.²³⁹ Le Conseil européen du 17 juin 2010 a approuvé la stratégie « Europe 2020 » dont l'« Agenda numérique » fait partie. Finalement, l'option retenue par la Commission européenne a consisté à laisser le COCOM adopter des lignes directrices concernant l'application de l'article 4 de la Directive « Service Universel » telle que révisée en 2009²⁴⁰. Dans une communication ultérieure dressant la synthèse et les conclusions de la consultation publique, elle n'a pas davantage conclu à la nécessité d'adapter dans l'immédiat le champ d'application du service universel²⁴¹.

Sur cette question, il convient de rappeler la substance du considérant 5 de la directive 2009/136/CE. « *La rapidité avec laquelle un utilisateur donné accède à l'internet peut dépendre d'un certain nombre de facteurs, par exemple du ou des fournisseurs de la connexion à l'Internet ou de l'application pour laquelle une connexion est établie. Le débit de données assuré par un raccordement au réseau de communications public dépend des capacités de l'équipement terminal de l'abonné ainsi que de la connexion. C'est pourquoi il n'est pas indiqué d'exiger un débit de données ou un débit binaire spécifique au niveau communautaire. Une certaine flexibilité est nécessaire, pour que les États membres puissent prendre, en cas de besoin, les mesures nécessaires pour qu'une connexion soit capable de supporter un débit de données suffisant pour permettre un accès fonctionnel à l'internet, tel que le définissent les États membres, en tenant dûment*

compte des conditions spécifiques aux marchés nationaux, par exemple la largeur de bande la plus utilisée par la majorité des abonnés dans un État membre donné et la faisabilité technique, à condition que ces mesures aient pour objectif de réduire les distorsions du marché. »²⁴²

Le débat sur l'extension du service universel pour l'accès à Internet à large bande n'est pas neuf en Belgique. La première demande d'actualisation du concept de service universel exprimée à la Chambre des représentants remonte à 2001²⁴³. Une difficulté additionnelle concerne la couverture géographique du service universel. L'article 69 de la loi du 13 juin 2005 est compris comme imposant au prestataire à désigner de couvrir l'ensemble du territoire national²⁴⁴. Or, la Cour de justice a estimé, dans un cas comparable, que « *Une telle condition fait obstacle à une concurrence réelle et effective sur ce marché et ne permet pas d'assurer la fourniture du service universel de façon rentable et efficace, les autorités réglementaires nationales étant nécessairement obligées de désigner, parmi les entreprises susceptibles de fournir ce service, celles qui sont capables de l'assurer sur l'ensemble du territoire national*²⁴⁵ ». Cette jurisprudence semble requérir une révision législative.

Enfin, le thème du service universel sera abordé dans le cadre de la transposition prochaine en droit national sur la toile de fond d'un litige qui oppose la Belgique à la Commission européenne. Cette dernière considère que la directive « service universel » a été violée par les dispositions applicables aux tarifs sociaux. Elle reproche à la Belgique notamment d'avoir omis l'examen préalable visant à déterminer si la prestation de service universel constitue une charge injustifiée pour chaque opérateur de télécommunications. Il lui est aussi fait grief de ne pas prendre en considération les bénéfices immatériels découlant de l'exécution de ce service. Un arrêt de la Cour de justice relatif à la procédure d'infraction ainsi qu'un arrêt interprétatif ont été rendus le 6 octobre 2010²⁴⁶. La Cour constitutionnelle a annulé, sur base de ces arrêts, plusieurs dispositions de droit fédéral²⁴⁷. La Commission européenne a ouvert une nouvelle procédure d'infraction²⁴⁸ pour absence d'exécution des arrêts de la Cour de justice. La mise en conformité de la législation fédérale à la directive « service universel » devrait être effectuée dans le cadre de la transposition en droit fédéral du cadre réglementaire européen de 2009.

4.2. La protection de la vie privée

Depuis 1997, la matière de la protection de la vie privée bénéficie d'un traitement spécifique dans le secteur des télécommunications par rapport au régime général instauré par la directive 95/46/CE²⁴⁹. Elle a fait l'objet de la directive 97/66/CE²⁵⁰ remplacée par la suite par la directive 2002/58/CE²⁵¹ elle-même complétée par la directive 2006/24/CE²⁵².

Il faut constater qu'en matière de traitement des données à caractère personnel et de la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, la Belgique éprouve très souvent des difficultés à mettre en œuvre les dispositions européennes, quand ce n'est pas le défaut de loi de transposition qui fait obstacle à leur application.

En effet, la mise en œuvre effective de dispositions légales ayant transposé la 2002/58/CE, près de dix ans après l'adoption de celle-ci n'est pas encore assurée. En règle générale, les données de trafic doivent être effacées ou rendues anonymes dès qu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication. Par exception, l'article 6.2 de la directive 2002/58/CE²⁵³ autorise la conservation des données de trafic à des fins de facturation pendant une période limitée à celle de la contestation de la facture. L'article 15.1 de cette directive étend cette exception lorsque cela est nécessaire, approprié et proportionné notamment pour la sauvegarde de la sécurité nationale, la sécurité publique ou la poursuite d'infractions pénales. Cette disposition a été transposée en droit interne par l'art. 126 de la loi du 13 juin 2005 précitée. Cet article prévoit un délai de conservation de 12 à 36 mois pour les données de trafic et d'identification. Son application demeure tributaire d'un arrêté d'exécution qui n'a toujours pas été adopté.

La directive 2006/24/CE, ayant notamment modifié la directive 2002/58/CE, prévoit des dérogations au régime instauré par la directive de 2002. Elle ajoute un régime spécifique à celui prévu par l'article 15.1 susmentionné. La conservation des données ne tombant pas dans le champ d'application de la directive 2006/24/CE relève de la directive 2002/58/CE. Le régime spécifique prévoit la conservation durant 6 à 24 mois des données relatives aux télécommunications (données de trafic, d'identification et de localisation) à des fins répressives d'infractions graves selon le droit national. Ceci laisse une importante marge de manœuvre aux États membres²⁵⁴. Les concepts utilisés – « service de communications électroniques », « données de trafic », « données de contenu », ... – ne permettent pas toujours d'identifier clairement ce qui peut être conservé²⁵⁵. L'interaction entre ces deux textes européens consacrés aux données dans le secteur des communications électroniques explique aussi certaines difficultés de transposition en droit interne. Elles ont contribué au dépassement du délai de transposition. Ainsi la date limite de transposition de la directive 2006/24/CE, fixée au 15 mars 2007, étendue pour la Belgique à sa requête au 15 mars 2009 pour certains aspects des données liés à l'utilisation d'Internet, a été largement dépassée²⁵⁶. Par ailleurs, dans son rapport d'évaluation²⁵⁷ de la directive, la Commission européenne y a décelé quelques faiblesses. Elle a dès lors proposé entre autres de renforcer les règles d'harmonisation de conservation des données dans la lutte contre la criminalité et de mieux préserver les droits des citoyens. Une proposition législative de la Commission est attendue en 2012.

L'obligation de conservation globale des données entraîne de lourdes charges pour l'industrie. Par ailleurs, sa conformité à l'interdiction d'ingérence dans la vie privée des individus, consacrée par l'art. 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme n'apparaît pas évidente.

La directive 2009/136/CE, qui modifie à son tour la directive 2002/58/CE, n'innove guère en matière de protection de la vie privée. Elle vise à la renforcer en améliorant l'organisation des mécanismes préventifs et répressifs. Les types de violations sont décrits. Ils doivent être notifiés aux autorités compétentes afin d'être sanctionnés. La guidance pour la mise en œuvre de cette adaptation figure dans les points d'action de la Commission européenne dans son « Agenda numérique »²⁵⁸.

Enfin, une autre source potentielle de problème de mise en œuvre du nouveau cadre réglementaire européen concerne les garanties d'utilisation des « cookies »²⁵⁹. Leur utilisation soulève des questions de systématisme du consentement préalable à donner par l'internaute. Ceci a été traité à l'art. 5.3 de la directive « vie privée » ainsi qu'aux considérants 17, 24 et 25 de la directive « vie privée » et aux considérants 65 et 66 de la directive 2009/136/CE. L'objet de la révision consiste à faire bénéficier l'équipement terminal de l'utilisateur et l'information qu'il contient de la protection reconnue à la vie privée.

Dans ce cadre, la directive adaptée exige un consentement éclairé à l'acceptation de « cookies » par l'internaute, sans pour autant aller jusqu'à un consentement de type « opt-in » pour chaque « cookie ». Les réglages par défaut du navigateur Internet sont assimilables à un consentement préalable général.

4.3. *La protection des consommateurs*

Un des objectifs de la révision de 2009 consiste à renforcer les droits des utilisateurs, particulièrement des consommateurs. La marge de manœuvre dont l'État dispose quant à l'étendue de ces droits par rapport à ce que la directive prévoit a déjà fait débat en Belgique devant la section de législation du Conseil d'État. Dans un avis relatif à un projet de loi transposant de manière très limitée la directive 2009/136/CE, le Conseil d'État a contesté l'existence d'une telle marge de manœuvre²⁶⁰. Toutefois, dans deux arrêts rendus ultérieurement à cet avis, bien que portant sur les directives européennes relatives aux communications électroniques avant la révision de 2009, la Cour de justice semble adopter une attitude plus souple²⁶¹. Elle estime que tous les aspects relatifs à la protection des consommateurs n'ont pas été harmonisés par le droit européen.

La révision de 2009 semble conforter cette orientation. L'art. 1.4 de la directive « service universel » énonce en effet sur les droits des utilisateurs finals, que la directive s'applique « *sans préjudice de la réglementation communautaire rela-*

tive à la protection des consommateurs, en particulier les directives 93/13/CEE et 97/7/CE, ni de la réglementation nationale conforme à la législation communautaire ». Cette dernière formule semble laisser à nouveau une marge d'interprétation.

Là où la réforme de 2009 entendait procéder à une harmonisation de certains aspects relatifs à la protection des consommateurs, les contours de cette harmonisation n'en sont pas pour autant dénués d'ambiguïté.

Une illustration de cette imprécision concerne le délai de portabilité de numéros. La limitation à un jour ouvrable du délai maximal pour pouvoir changer d'opérateur est un exemple emblématique du renforcement des droits des utilisateurs, mais aussi de la concurrence entre opérateurs²⁶². Or, en pratique, la simplicité apparente de cette règle nouvelle ne s'impose pas à l'évidence aux régulateurs chargés de l'appliquer, à en juger d'après les conclusions de discussions menées en 2010 au niveau de la CEPT²⁶³. Plusieurs États membres semblent avoir compris et appliqué ce délai différemment.

Un autre thème sujet à discussion concerne la neutralité du réseau, abordée par la directive²⁶⁴. Cette dernière investit les ARN du pouvoir de fixer des paramètres de qualité de service aux fournisseurs réseaux publics de communications électroniques afin de prévenir la dégradation du service ou le ralentissement du trafic à travers les réseaux. La directive, qui impose de manière générale un principe de transparence à l'égard des consommateurs, précise en l'espèce qu'ils doivent être informés du niveau de qualité de service et des techniques de gestion du trafic avant de signer un contrat.

La Commission européenne, qui s'est attachée à préserver le caractère ouvert et neutre d'Internet, s'est engagée à suivre de près la mise en œuvre de ces principes. Dans une recommandation récente²⁶⁵, elle semble toutefois indiquer qu'il lui manque le recul indispensable pour pouvoir évaluer la nécessité d'une intervention ultérieure, de type réglementaire ou non, afin de préserver les droits des consommateurs et d'éviter les distorsions de concurrence. Ce problème a été aggravé par l'absence de transposition, à l'une ou l'autre exception, au 25 mai 2011 du cadre révisé en 2009.

§ 5. Conclusions

On constate, encore à l'heure actuelle, un tiraillement entre la convergence, qui a mené à la déspecialisation des réseaux, et les règles répartitrices de compétences de l'État belge. Ces dernières n'ont pas été adaptées depuis 1980. Elles sont restées en quelque sorte spécialisées. Ceci crée à tout le moins des complications pour que chaque autorité des différents niveaux de pouvoir (fédéral et communautaires) puisse exercer ses compétences. Des difficultés comparables ont été observées pour la transposition des directives européennes sur les communications électroniques, devant être réalisée, partiellement, par les différents niveaux de pouvoir.

La transposition du paquet réglementaire de 2002 sur les communications électroniques a suscité une série de difficultés, dont toutes n'ont pas encore été réglées. La transposition du paquet de 2009 en pose certainement autant.

Une première série de problèmes procède du cadre constitutionnel relatif à l'État fédéral. A cet égard, l'accord de coopération de 2006 pourrait faire l'objet d'améliorations afin de garantir la poursuite dans la voie de la coopération, grâce à laquelle des décisions provenant des régulateurs, d'une part, et des législateurs, d'autre part, ont été adoptées au cours de quatre années de son application.

Une deuxième série de problèmes procède des pressions contradictoires entourant le statut des ARN. D'un côté, les textes européens poussent en direction d'une indépendance substantielle. De l'autre, la Constitution belge accepte malaisément la création d'organes dégagés d'un contrôle des pouvoirs législatif et exécutif qu'elle établit. Des deux côtés, par-dessus le marché, les textes se caractérisent par une grande généralité. En 2011, on l'a vu, tant la Cour constitutionnelle que le Conseil d'État ont pris sur cette question des positions nuancées. Les pressions contradictoires subsistantes des cadres européens et constitutionnels pourraient aboutir à une relative stabilité de l'équilibre en place.

Un troisième problème concerne la désignation et les pouvoirs de l'instance de contrôle des décisions prises par le régulateur. Il subsiste à cet égard des équivoques concernant la création d'un recours de pleine juridiction. Ce débat est d'autant plus complexe qu'il ne peut être dissocié d'autres débats concernant d'autres autorités nationales de régulation créées dans le cadre de la transposition de règles européennes applicables à d'autres secteurs régulés.

Un quatrième problème, enfin, différent, procède de la protection du consommateur, sous ses formes diverses. A cet égard, toutefois, il faut souligner que nombre de problèmes ne sont pas dictés par le nouveau cadre réglementaire, mais qu'ils naissent simplement des débats provoqués par la transposition de ce

dernier. La transposition suscite en effet des souhaits en sens divers visant à renforcer la protection du consommateur, mais sans peser à l'excès sur les opérateurs. Cette discussion se trouve à son tour compliquée par la tension qui existe, au niveau européen déjà, entre les textes généraux et spécifiques relatifs aux consommateurs.

Les trois premiers problèmes mettent bien en lumière combien le développement des réglementations sectorielles européennes impose des changements profonds au cadre constitutionnel, déjà complexe en lui-même, de l'État belge. Cette problématique est d'autant plus complexe qu'elle ne concerne pas seulement les communications électroniques, mais également d'autres secteurs, comme l'énergie ou les transports ferroviaires ou aériens. Pour cette raison, il serait sans doute plus efficace de les envisager dans une approche globale, qui nécessite toutefois des réformes juridiques importantes.

L'avenir dira si les diverses autorités belges impliquées parviendront ou non à surmonter ces tensions, d'une manière plus convaincante et plus rapide que lors de la transposition du précédent paquet réglementaire de 2002. En effet, au-delà de tous les problèmes juridiques suscités par les nouvelles normes européennes, les nouvelles règles, qui concernent des matières de plus en plus étendues, joueront un rôle important dans le déploiement d'un système dynamique des communications électroniques en Belgique. Or ce dynamisme est une condition de plus en plus indispensable de la croissance économique du pays.

Notes

1. Le présent rapport constitue un commentaire personnel des auteurs, et n'engage pas les institutions auxquelles ils appartiennent.
2. Pour mémoire, les cinq principaux instruments sont les directives suivantes du Parlement européen et du Conseil : 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (directive « autorisation »), 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), 2002/58/CE 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 ») (JO 2002, L 108). D'autres instruments divers sont également associés à ces cinq instruments principaux, tels que la directive 2002/77/CE de la Commission relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (JO 2002, L 249).
3. Considérants 2 et 3 de la directive 2009/140/CE.
4. Directive (« mieux légiférer ») 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 *modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques* (J.O., 18 décembre 2009, L 337/37) et Directive « droits des citoyens » 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 *modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs* (J.O., 18 décembre 2009, L 337/11). Le cadre réglementaire européen revu comporte également la révision de la directive « GSM » : directive 2009/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 *modifiant la directive 87/372/CEE du Conseil concernant les bandes de fréquences à réserver pour l'introduction coordonnée de communications mobiles terrestres publiques cellulaires numériques paneuropéennes dans la Communauté* (J.O., 20 octobre 2009, L 274/25). Cette directive est elle-même complétée, notamment en ce qui concerne la bande des 1800 MHz, par la décision de la Commission du 16 octobre 2009 *sur l'harmonisation des bandes de fréquences de 900 MHz et de 1800 MHz pour les systèmes de Terre capables de fournir des services paneuropéens de communications électroniques dans la Communauté* (J.O., 20 octobre 2009, L 274/25), dont l'annexe a été remplacée par la décision d'exécution de la Commission du 18 avril 2011 *modifiant la décision 2009/766/CE sur l'harmonisation des bandes de fréquences de 900 MHz et de 1800 MHz pour les systèmes de Terre capables de fournir des services paneuropéens de communications électroniques dans la Communauté*.
5. Règlement (CE) N° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 *instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office* (J.O., 18 décembre 2009, L 337/1). Il est entré en vigueur le 7 janvier 2010.
6. Voy. les arrêts *Becker* (aff. 8/81, Rec., 1982, p. 53) et *Marshall I* (aff. 152/84, Rec., 1986, p. 723). Il faut toutefois que les dispositions en cause présentent un caractère inconditionnel et suffisamment précis. Pour un exemple récent de disposition insuffisamment précise, voy. l'arrêt *AGIM et autres* du 14 janv. 2010 (aff. 471/07). Voy. également Y. Houyet, « L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux », J.D.E., n° 167, 3/2010, p. 69 et s.; Th. Bombois, « L'administration « juge » de la légalité communautaire. Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de Justice de Luxembourg », J.T., n° 6344, 10/2009, p. 169 et s.; M. Pâques, « Le contrôle de légalité des actes administratifs à caractère réglementaire en Belgique », R.F.D.L., 3/2011, p. 363.

7. Les sources officielles ont été prises en considération jusqu'au 30 juin 2011.
8. L'idée récurrente depuis les années 1990 d'un régulateur européen a été abandonnée. Ce projet ambitieux a été édulcoré sous la forme d'une meilleure organisation du Groupe européen des régulateurs (« GRE », ou « ERG » en anglais) donnée par le règlement (CE) n° 1211/2009 qui crée l'ORECE (« BEREC » en anglais). De même, la Commission européenne ambitionnait une plus grande intervention des autorités européennes dans les analyses de marché et le spectre, dont la gestion demeure de la compétence des États membres. Elle n'a que partiellement été suivie.
9. Article 8.5 (nouveau) de la directive « cadre ».
10. Directive 2009/140/CE, considérant 5.
11. Art. 4.3 de la directive « vie privée et communications électroniques ».
12. Art. 30.4 de la directive « service universel ».
13. Art. 26.5 de la directive « service universel ».
14. Art. Art. 13.1 de la directive « vie privée et communications électroniques »
15. Art. Art. 13.6 de la directive « vie privée et communications électroniques »
16. Art. 1.3bis de la directive « cadre ».
17. Il s'agit d'une régulation d'autorité des tarifs de détail sans intervention des régulateurs nationaux.
18. Règlement (CE) n° 717/2007 du 27 juin 2007 du Parlement européen et du Conseil concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE (J.O., L 171, 29 juin 2007), dont la légalité a été confirmée par la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., 8 juin 2010, C-58/08).
19. Règlement (CE) n° 544/2009 du 18 juin 2009 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O., L 167, 29 juin 2009).
20. Pour un rapport nuancé sur l'état de la question, voir la Communication COM (2010) 356 final, p.14. Ce rapport est complété par un rapport de 2011, avec proposition de prolonger la réglementation actuelle de dix années, voir la Communication COM (2011) 407.
21. C'est également à cette fin que la directive « GSM » (précitée en note de bas de page n° 4) a été modifiée, notamment pour permettre le déploiement de nouvelles technologies numériques, dans la bande des 900 MHz, en coexistence avec les systèmes GSM.
22. « *Les radiofréquences devraient être considérées comme une ressource publique limitée qui a une grande valeur marchande et pour la population* » (Considérant 24 de la directive 2009/40/CE).
23. Art. 9.3 et 9.4 de la directive « cadre » (considéranants 40 et 68).
24. Art. 8.1, al. 2 (ancien) de la directive « cadre ».
25. Considérant 40 de la directive 2009/140/CE.
26. Art. 9.4 de la directive « cadre ».
27. Considérant 69 de la directive 2009/140/CE.
28. Aff. T-475/04, *Bouygues v. Commission*, § 135 et aff. C-431/07, *Bouygues v. Commission*, § 124.
29. Voy. par analogie, en guise d'illustration les aff. jointes C-37/02 and C-38/02, *Adriano Di Lenardo Srl v. Ministero del Commercio con l'Estero and Dillexport Srl v. Ministero del Commercio con l'Estero*, Cour de justice, arrêt du 15 juillet 2004.
30. Considérant 39 de la directive 2009/140/CE.
31. Art. 9ter. 1 de la directive « cadre ».
32. Art. 8bis.3 de la directive « cadre ».

33. Elles doivent être orientées sur les coûts et strictement proportionnées au travail lié à la mise en œuvre des licences (Aff. C-392/04, *Germany GmbH*, Jugement de la Cour de justice du 16 septembre 2006, § 28).
34. Voir à ce sujet la loi du 15 mars 2010 *portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques* (Mon. b., 25 mars 2010) et les questions préjudicielles posées à la Cour de justice à ce sujet dans l'aff. C-375/11.
35. Aff. T-475/04, *Bouygues v Commission*, Jugement du Tribunal de première instance du 4 juillet 2007, § 101.
36. Aff. C-462/99, *Connect Austria*, Jugement de la Cour de justice du 22 mai 2003, § 92 et § 93 et Aff. C-431/07 P, *Bouygues v Commission*, Jugement de la Cour de justice du 2 avril 2009, § 119.
37. Directive 2009/140/CE, considérant 32.
38. Art. 8 bis.3 de la directive « cadre ».
39. Décision 2010/267/CE de la Commission du 6 mai 2010 *sur l'harmonisation des conditions techniques d'utilisation de la bande de fréquences 790-862 MHz pour les systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques dans l'Union européenne* (J.O., L 117/95, 11 mai 2010).
40. Multiannual radio spectrum policy program (RSPP).
41. Décision de la Commission 2002/622/CE du 26 juillet 2002 *instituant un groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique* (J.O., L 198/49, 27 juillet 2002), adaptée par la Décision de la Commission 2009/978/CE du 16 décembre 2009 *modifiant la décision 2002/622/CE instituant un groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique* (J.O., L 336/50, 18 décembre 2009).
42. RSPG Opinion on the Radio Spectrum Policy Programme, 9 juin 2010, p. 4.
43. Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant le premier programme de la politique du spectre radioélectrique, 20 septembre 2010, COM(2010) 471 final.
44. Décision n° 243/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 *établissant un programme pluriannuel en matière de politique de spectre radioélectrique*, J.O., 21.3.2012, L 81/7.
45. Cela semble être une mauvaise traduction de l'anglais (« *take the utmost account of making decisions technologically neutral* »). On entend par là que la réglementation « *ne soit ni contraignante ni discriminatoire au bénéfice de l'utilisation d'un type de technologie* », ce qui n'empêche pas « *que des mesures proportionnées soient prises afin de promouvoir certains services spécifiques, si cela est justifié, par exemple la télévision numérique dans le but d'accroître l'efficacité de l'utilisation du spectre* » (considérant 18).
46. Communication COM(2010) 245 du 19 mai 2010 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions (un Agenda digital pour l'Europe).
47. Questionnaire for the public consultation on the open Internet and the net neutrality in Europe.
48. A l'article 20, paragraphe 1^{er}, les informations qui doivent figurer dans les contrats doivent notamment inclure « l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu du droit national conformément au droit communautaire » ainsi que « l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service ». L'article 21 concerne la transparence et la publication d'informations et, dans son paragraphe 3, permet notamment aux autorités réglementaires nationales d'obliger les entreprises qui fournissent des réseaux ou des services de communications publics à : « – informer les abonnés de toute modification des conditions limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées par le droit national conformément au droit communautaire ; – fournir des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la sursaturation d'une ligne du réseau, et sur

- les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service; ... ». L'article 22 concerne enfin la qualité des services.
49. Art. 8.4, g nouveau de la directive « cadre » : « g) *en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix.* ».
 50. Avis relatif à la régionalisation des télécommunications, 17 janvier 2008, www.ibpt.be.
 51. « *Een debat over de staatsvorming is voor mij altijd een debat over efficiëntie geweest. Ik ben geen nationalist, geen Vlaamse en geen Belgische. Als men de telecom dermate zou regionaliseren, moet men zien dat het allemaal efficiënt blijft.* » Ministre V. Van Quickenborne, Chambre, Commission de l'Infrastructure, des Communications et des Entreprises publiques, 9 décembre 2009, Compte rendu intégral, p. 30.
 52. Cfr. loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la Communauté culturelle française et pour la Communauté culturelle néerlandaise (Mon.b., 23 juillet 1971).
 53. Cette convergence rend la définition de l'audiovisuel particulièrement complexe : voir J. Baert et D. Stevens, « De grenzen van « omroep » », *Auteurs & Media*, 2007/3, p. 574 ; M. Hanot, S. Paiman, V. Straetmans, « La compétence matérielle à l'épreuve juridique de la réalité des modèles audiovisuels et des pratiques réglementaires – Panel 1 », *Auteurs & Media*, 2007/6, p. 537.
 54. Cour const., n° 156/2002, 6 novembre 2002, B.4.3. ; Cour const., n°132/2004, 14 juillet 2004, B.4.2. ; Cour const., n° 155/2004, 22 septembre 2004, B.4.3.
 55. Fréquences (par rapport à la radiodiffusion) qui sont attribuées par les communautés.
 56. Cour const., n° 7/90, 25 janvier 1990, considérant 2.B.3.
 57. Cour const., n° 156/2002, 6 novembre 2002.
 58. Cour const., n° 128/2005, 13 juillet 2005, B.7.2.
 59. Proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles, Doc. Parl., Sénat 2007/2008, Document législatif n° 4-602/1, 5 mars 2008, commentaires des articles, p. 11 et 12.
 60. Cour const., n° 112/2011, 23 juin 2011.
 61. « *Il y a lieu par ailleurs de ne pas perdre de vue que la matière de la radiodiffusion n'échappe pas entièrement à la compétence de l'autorité fédérale. Celle-ci reste en effet compétente, en vertu de l'article 127, § 2, de la Constitution, pour les matières culturelles, dont font partie la radiodiffusion et la télévision, sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-capitale, sauf à l'égard des institutions qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou l'autre Communauté. La transposition complète des directives européennes précitées implique donc que soient également revues les dispositions de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-capitale* » (Projet de loi relative aux communications électroniques, doc. 51/1425/01, avis du Conseil d'État n° 37.295/4 du 28 juin 2004, p. 217).
 62. Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, doc. Parl. 50 1937/01, avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, p. 55-57.
 63. Loi du 17 janvier 2003 *relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges* (Mon. b., 24 janvier 2003, erratum, Mon. b., 4 juin 2003).
 64. Cour const., n°132/2004, 14 juillet 2004, B.5.1 à B.7.2.
 65. Cet article autorise expressément l'État, les Communautés et les Régions à conclure des accords qui portent notamment sur « la création et la gestion conjointes des services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres ou sur le développement d'initiatives en commun ». La loi spéciale précise les accords qui doivent recevoir l'assentiment des assemblées législatives concernées. Dans certaines matières qu'il énumère, le législateur spécial impose que des accords soient conclus.
 66. Cour const., n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.4.3 à B.7.2. Par comparaison, dans un deuxième arrêt pris en 2005, il est intéressant de noter que cette fois la Cour constitutionnelle allait plus loin et jugeait, bien que reprenant les arguments de l'arrêt précédent, l'absence de néces-

- saire collaboration comme un violation des règles répartitrices de compétences (Cour const., n° 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.2. à B.6.4.).
67. Q. Coppieeters 't Wallant, J. Jost et R. Queck, « Communications électroniques – chronique de jurisprudence », *R.T.D.I.*, 2009, n° 35, p. 152.
 68. Cour const., n°132/2004, 14 juillet 2004, B.6.1., confirmé par Cour const., n° 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.1. La Cour ne précise toutefois pas quels sont ces autres instruments.
 69. 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, Mon. b., 28 décembre 2006.
 70. Q. Coppieeters 't Wallant, E. Lievens, R. Queck, D. Stevens et P. Valcke « Le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques : une avancée significative sur un terrain incertain ? », *R.D.T.I.*, 2006, n° 24, p. 74.
 71. « *S'il peut être admis que dans le cadre de l'exercice de sa compétence résiduelle en matière de communications électroniques, l'État fédéral institue des servitudes légales d'utilité publique, il doit toutefois tenir compte de la compétence des Régions en ce qui concerne « le régime juridique de la voirie terrestre et des voies hydrauliques, quel qu'en soit le gestionnaire, à l'exclusion des voies ferrées gérées par la société nationale des chemins de fer belges » (article 6, § 1er, X, 2°bis, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles). (...). À défaut d'un accord de coopération, les dispositions de la loi en projet qui fixent les conditions des relations entre les opérateurs de réseaux de communications électroniques d'une part, et les autorités dont relèvent le domaine public ou les opérateurs d'autres réseaux, d'autre part, pourraient être jugées non conformes au principe de proportionnalité, dans la mesure où elles pourraient être considérées comme rendant impossible ou exagérément difficiles l'exercice par les Régions de leur compétence en matière de voirie.* » (Projet de loi relative aux communications électroniques, doc. 51/1425/01, avis du Conseil d'État n° 37.295/4 du 28 juin 2004, p.224-225).
 72. Art. 28/3, § 3, de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, Mon. b., 5 avril 2007.
 73. Art. 17 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, Mon. b., 20 juin 2005.
 74. Il y a selon la Cour constitutionnelle une « *nécessité de pourvoir à une coordination entre l'État fédéral et les communautés en matière d'attribution des fréquences en cause, et ce tant au niveau national qu'au niveau international. Etant donné que ni la Constitution, ni les lois de réformes institutionnelles n'ont prévu de coopération obligatoire en cette matière, il appartient aux autorités exerçant des compétences complémentaires d'apprécier l'opportunité de faire usage de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles* » (Cour const., n°92/2003, 24 juin 2003, B.10).
 75. Art. 14, al. 2 et art. 16 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.
 76. Cour const., 7 février 1991, n°1/91, B.5.
 77. D. Stevens, op. cit., p. 203 et 525-526.
 78. Bruxelles (18è ch.), 15 octobre 2009, AR/2007/930; Bruxelles (18è ch.), 20 juillet 2009, 2008/AR/3162; Brussel (18de k.), 22 septembre 2009, 2008/AR/3257.
 79. « *Il ressort des arrêts de la Cour d'arbitrage et des avis du Conseil d'État rappelés ci-dessus au point 5 que, même si les autorités concernées restent dans les limites de leurs compétences respectives en ce qui concerne, d'une part, la transmission des programmes de radio et de télévision – compétence des communautés – et, d'autre part, les autres services de communications électroniques – compétence de l'autorité fédérale – il y a néanmoins la nécessité de coopérer et il y a une interdiction de prendre des décisions unilatérales. Vu la convergence, de telles décisions ont en effet inévitablement un impact dans le domaine de compétence des autres autorités. En outre, certaines décisions peuvent présenter des aspects qui relèvent tant de la compétence de l'autorité fédérale que de celle des communautés. La coopération dans*

l'exercice de leurs compétences respectives en matière d'infrastructure des communications ne peut dès lors se limiter à permettre aux autorités concernées de vérifier si les projets de décision d'une autorité de régulation ne violent pas les compétences des autres autorités. Elles doivent par contre prendre des décisions d'un commun accord. En effet, comme la Cour d'arbitrage l'a jugé dans son récent arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006, il s'agit « de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives [...] pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires ». (Projet de loi portant des dispositions diverses, doc. 51/2761/011, avis du Conseil d'État n° 41.711 / VR du 28 novembre 2006, p. 8).

80. « *La proposition n'apporte pas de solution à la difficulté dénoncée à de multiples reprises par la Cour constitutionnelle dans ses arrêts, à savoir que « les compétences de l'État fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération »* (C.c., no 132/2004, 14 juillet 2004, B.6.2 ; C.c., no 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.2 ; C.c., no 163/2006, 8 novembre 2006, B.3.1.). *La Cour considère qu'une coopération est nécessaire lorsqu'il s'agit d'infrastructure et des services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et la télévision et aux télécommunications* (C.c., no 132/2004, 14 juillet 2004, premier tiret du dispositif ; C.c., no 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.1 et B.6.3 ; C.c., no 163/2006, 8 novembre 2006, B.4, B.8 et B.10. Voir aussi l'avis 41.915/3 du Conseil d'État qui observe que la nécessité d'une coopération n'existe que « *ten aanzien van een infrastructuur die gebruikt wordt voor de transmissie van zowel de radio-omroep- en televisieprogramma's, waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn, als voor de andere elektronische communicatiediensten, waarvoor de federale overheid bevoegd is* » (Doc. parl., Parl. fl., 2006/2007, no 1102/1, 18-19).). *Ainsi, selon la Cour « la convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences, l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés (...) »* (Voir C.c., no 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.2 ; C.c., no 163/2006, 8 novembre 2006, B.3.1.). *La Cour rappelle par ailleurs que l'article 3, § 4, de la directive « cadre » 2002/21/CE requiert que l'État organise la coopération entre les différentes autorités compétentes en la matière* (Voir C.c., no 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.2 ; C.c., no 163/2006, 8 novembre 2006, B.3.1.) *La Cour semble néanmoins considérer que cette coopération peut être organisée sur une autre base que les accords de coopération visés à l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980* (Voir l'accord de coopération conclu le 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté française, la Communauté flamande 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), *en s'assurant simplement que la réglementation soit prise d'un commun accord entre les autorités compétentes* (Voir C.c., no 132/2004, 14 juillet 2004, B.7.1 ; C.c., no 128/2005, 13 juillet 2005, B.6.7 ; C.c., no 163/2006, 8 novembre 2006, B.12.). *Cette autre forme de coopération n'est cependant pas autrement définie, ce qui est pourtant recommandé pour des raisons de sécurité juridique* (Voir à cet égard l'avis de la section de législation du Conseil d'État 42.495/4 donné le 19 mars 2007 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 2 juillet 2007 remplaçant les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, annulés par la Cour d'arbitrage le 8 novembre 2006, Doc. Parl., P.C.F., 2006/2007, no 409/1.). *Les auteurs de la proposition apprécieront si, pour atteindre plus sûrement les objectifs de cohérence et d'efficacité qu'ils se sont assignés, il ne conviendrait pas de régler la répartition des compétences en matière de radiodiffusion et de télécommunications sur ce point.* » Doc. Parl., Sénat 2007/2008, Proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles, (Document législatif n° 4-602/1, 5 mars 2008, Avis du Conseil d'État n° 44.243/AG du 10 avril 2008, p. 2-5).
81. Bruxelles, (18^e ch.), 12 novembre 2008, AR/2006/ 2484, p. 11, n°20.
82. Cette absence est considérée par le Conseil d'État comme non conforme à la jurisprudence constitutionnelle. Voir projet de loi portant des dispositions diverses, doc. 51/1845/001, avis du Conseil d'État n° 38.451/4 du 27 mai 2005, p. 203. En ce sens, D. Stevens, op. cit., p. 525.

83. Avant-projet de décret remplaçant les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, annulés par la Cour d'arbitrage le 8 novembre 2006, Doc. Parl, Com. Fr., 2006-07, n° 409/1, avis du Conseil d'État n° 42.495/4 du 19 mars 2007, p. 19.
84. Art. 73 de la loi du 20 juillet 2005 *portant des dispositions diverses*, Mon. b., 29 juillet 2005 (erratum, Mon. b., 30 août 2005). Cet article remplace l'article 14 de la loi *relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges*, annulé en 2004 par la Cour d'arbitrage. Il porte notamment sur la coopération de l'IBPT avec les autres autorités. Il subordonne également la prise de décision de l'IBPT en matière de réseaux de communications électroniques pour lesquels les Communautés sont également compétentes à l'entrée en vigueur d'un accord de coopération.
85. « *L'autonomie respective des communautés et des régions s'oppose en effet à ce que l'État fédéral ou une entité fédérée décide unilatéralement d'associer les autorités d'autres entités fédérale ou fédérées à l'exercice de ses propres compétences. Seule une loi adoptée à la majorité spéciale ou un accord de coopération pourrait imposer une telle concertation. À l'instar de la Cour d'arbitrage, la section de législation ne peut que constater, à nouveau, que la nécessaire coordination de fréquences radioélectriques, compte tenu des règles de répartition de compétence en vigueur, ne peut être réalisée que par un accord de coopération.* » (Projet de loi relative aux communications électroniques, doc. 51/1425/01, avis du Conseil d'État n° 37.295/4 du 28 juin 2004, p. 220-221). Voy. ég. D. Stevens, *Toezicht in de elektronische-communicatie sector – constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Larcier, 2009, p. 217.
86. Dans son arrêt n° 112/2011 du 23 juin 2011, la Cour constitutionnelle s'est toutefois prononcée en faveur de la constitutionnalité d'une disposition légale « ordinaire » imposant, en matière de coordination de fréquences radioélectriques, la conclusion d'un accord de coopération.
87. Loi du 17 janvier 2003 *relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges*, Mon. b., 24 janvier 2003, erratum, Mon. b., 4 juin 2003 ; loi du 17 janvier 2003 *concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges* (Mon. b., 24 janvier 2003) et la loi du 11 mars 2003 *sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information* (Mon. b., 17 mars 2003).
88. Loi du 13 juin 2005 *relative aux communications électroniques*, Mon. b., 20 juin 2005.
89. Loi du 16 mars 2007 *relative à la modification de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale ainsi que la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges*, Mon. b., 5 avril 2007 et Loi du 15 mai 2007 *relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radio-transmission et de radiodistribution*, Mon. b., 5 juillet 2007.
90. Loi du 18 mai 2009 *portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques*, Mon. b., 4 juin 2009.
91. Cour const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.5.2.
92. Bruxelles, (9^e ch.), 1^{er} juin 2007, AR/2006/ 2154, p. 6, n°5.
93. Bruxelles, (18^e ch.), 7 mai 2009, AR/2008/ 787, n° 53 : « *L'Accord de coopération du 17 novembre 2006 satisfait « l'absolue nécessité » selon la Cour constitutionnelle, d'une coopération entre l'État fédéral et les communautés, en donnant dans l'ordre juridique belge une implémentation très extensive de l'obligation de coopérer entre les législateurs communautaires et le législateur fédéral.* ».
94. D., Stevens, op. cit., p. 225 et 227.
95. Bruxelles, (18^e ch.), 19 mai 2009, AR/2008/ 302, p. 21 : « *Cette obligation de la Directive Cadre est inconditionnelle et suffisamment précise.* ». Voir ég. Bruxelles, (18^e ch.), 12 novembre 2008, AR/2006/2484, p. 14, n° 27.
96. Bruxelles (18^e ch.), 15 octobre 2009, AR/2007/930, p. 10 : « *Il faut ensuite relever que la Directive « cadre », le principe de proportionnalité – tel qu'il est appliqué par la Cour constitutionnelle – et l'article 4, 6° de la loi spéciale du 8 août 1980 ne limitent pas l'obligation de concertation aux seuls cas dans lesquels les régulateurs – fédéral et communautaires – sont susceptibles de réguler les mêmes marchés afin qu'ils adoptent à l'égard de ces mêmes mar-*

chés des dispositions incompatibles. Ils ne subordonnent pas non plus l'obligation de concertation à la condition que les services de communications électroniques en cause soient exclusivement réservés aux matières culturelles. Il faut mais il suffit que l'IBPT s'apprête à adopter une décision relative soit à un réseau de communications électroniques, soit à un service de communications électroniques dont l'usage est commun à la radiodiffusion et à la télévision d'une part et aux télécommunications d'autre part. Si tel est le cas, comme en l'espèce, l'IBPT ne peut s'arroger le droit de décider seul que sa décision n'affectera pas les compétences des autres régulateurs. Il doit permettre à ceux-ci de se prononcer eux-mêmes, et malgré l'absence regrettable d'un accord de coopération précisant, pour les services de communications électroniques, les modalités de cette concertation, les délais et les recours possibles. ».

97. Notamment en ce que l'accord de coopération ne vise pas les services de communications électroniques (Bruxelles (18è ch.), 15 octobre 2009, AR/2007/930, p. 10).
98. Projet de loi relatif à la modification de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale ainsi que la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, doc. 51/2763/001, avis du Conseil d'État n° 40.388/4 du 14 juin 2006, p. 67.
99. D. Stevens, op. cit., p. 219 et 524.
100. « On ne peut considérer que l'article 3, paragraphe 4, de la directive « cadre » sera complètement transposé en droit interne que s'il y a consultation et coopération entre les diverses autorités chargées d'accomplir des tâches pour la mise en oeuvre du cadre réglementaire européen en matière de communications électroniques. (...) Cette obligation faite aux États membres concerne donc aussi les organismes chargés de mettre en oeuvre le droit de la consommation. Eu égard au fait, d'une part, que c'est l'autorité fédérale qui est compétente, en ce qui concerne les réseaux de communications électroniques dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux de radiodiffusion, pour fixer les règles générales en matière de protection du consommateur, et d'autre part, que les communautés ont elles aussi des compétences en cette matière, il faudra donc organiser ici aussi la consultation et la coopération afin de satisfaire à l'article 3, paragraphe 4, de la directive précitée. » (Projet de loi relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux de programmes de radiodiffusion sonore ou télévisuelle sur des réseaux de communications électroniques, doc. 51 2978/001, avis du Conseil d'État n° 40.438/1/VR du 22 juin 2006, p. 29).
101. « La coopération dans l'exercice de leurs compétences respectives en matière d'infrastructure des communications ne peut dès lors se limiter à permettre aux autorités concernées de vérifier si les projets de décision d'une autorité de régulation ne violent pas les compétences des autres autorités. Elles doivent par contre prendre des décisions d'un commun accord. En effet, comme la Cour d'arbitrage l'a jugé dans son récent arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006, il s'agit « de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives [...] pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires ». Projet de loi portant des dispositions diverses, doc. 51/2761/011, avis du Conseil d'État n° 41.711 /VR du 28 novembre 2006, p. 8.
102. Cass., 4 décembre 2009, n° C.08.0072.F, p. 17 : « L'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doivent être réglés en coopération entre l'État fédéral et les communautés, afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires ».
103. D. Stevens, op. cit., p. 527-533 ; J. Jost et R. Queck, op.cit., p. 20 et s.
104. Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, doc. Parl. 50 1937/01, avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, p. 57.
105. D. Stevens, P. Valcke, E. Lievens en R. Queck, « De nieuwe Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie: laattijdige leerling in overambitieuze Europese klas? », *Auteurs & Media*, 2006/2, p. 176.

106. Arrêts de la Cour de justice du 10 mars 2005, C-240/04, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique* et du 28 avril 2005, C-376/04, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*.
107. Art. 73 de la loi du 20 juillet 2005 *portant des dispositions diverses*, Mon. b., 29 juillet 2005 (err., Mon. b., 30 juillet 2005).
108. Commission staff working document, annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des Régions, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005 (11^e rapport), Bruxelles, le 20.2.2006 COM(2006)68 final, p. 77.
109. Comité consultatif pour les télécommunications, « Comment augmenter la pénétration de la large bande en Belgique ? », 31 janvier 2007, p. 30.
110. « Si, dès lors, l'intention n'est pas de modifier la répartition actuelle des compétences, telle qu'elle résulte du texte de la loi spéciale et de la jurisprudence de la Cour, mieux vaut ne pas modifier la loi spéciale sur ce point. Si, par contre, le législateur spécial entend modifier la répartition des compétences, il doit le faire d'une manière claire et explicite. (...) La Cour constitutionnelle assimile donc à (des services de) radiodiffusion, les services qui fournissent des informations publiques (programmes de radiotélévision) destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et qui n'ont aucun caractère confidentiel, même si leur diffusion se fait sur demande individuelle et quelle que soit la technique utilisée pour celle-ci. Les termes « communications électroniques qui n'ont pas de caractère confidentiel », utilisés dans la proposition, reproduisent cette définition d'une manière trop succincte. Outre l'exigence du caractère non confidentiel, le texte proposé ne tient pas compte de deux éléments de la définition donnée par la Cour constitutionnelle. D'une part, le service concerné doit consister à fournir (diffuser) des informations publiques. D'autre part, les informations concernées doivent être destinées à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci. (...) Si les auteurs de la proposition estiment, par conséquent, qu'il est souhaitable d'intégrer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans le texte de la loi spéciale, il vaudrait mieux s'aligner sur le texte de cette jurisprudence plutôt que de le reproduire d'une manière trop succincte et incomplète ». (Proposition de loi spéciale portant des mesures institutionnelles Doc. Parl, Sénat 2007/2008, Document législatif n° 4-602/1, 5 mars 2008, Avis du CE n° 44.243/AG du 10 avril 2008, p. 2-5).
111. J. Jost et R. Queck, « Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *R.T.D.I.*, 2009, n° 34, p. 12 ; D. Stevens, op. cit., p. 533. Comparez Q. Coppiniers 't Wallant, J. Jost et R. Queck, « Communications électroniques – chronique de jurisprudence », *R.T.D.I.*, 2009, n° 35, p. 150.
112. Compar. art. 2, c de la directive « cadre » et art. 2, 5° de la loi du 13 juin 2005.
113. Décision n° 243/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 *établissant un programme pluriannuel en matière de politique de spectre radioélectrique*, J.O., 21.3.2012, L 81/7.
114. La jurisprudence constitutionnelle ne fait qu'énoncer des principes généraux, selon lesquels « dans la répartition des compétences, la radiodiffusion et la télévision sont désignées comme une matière culturelle et c'est cette qualification qui doit servir de base à toute interprétation. (...) il convient de garder à l'esprit que la radiodiffusion et la télévision ont été confiées aux communautés en tant que matière culturelle. Le législateur fédéral est compétent pour régler les autres aspects des services de la société de l'information, d'une part, sur la base de sa compétence résiduaire et, d'autre part, sur la base de la compétence qui lui est réservée, notamment en ce qui concerne l'économie, dont relèvent les règles générales relatives à la protection du consommateur, à la politique des prix, au droit de la concurrence, au droit commercial et aux conditions d'accès à la profession » (Cour const., n°132/2004, 14 juillet 2004,, B.4.2 et B.11.1.). Cela n'empêche pas certains commentaires de la doctrine d'estimer que la dimension économique du secteur des communications électroniques ne serait pas la chasse gardée des compétences fédérales. « *Bovendien lijkt het Grondwettelijk Hof in heel wat gevallen zelfs aan te nemen dat en aantal economische bevoegdheden integraal deel uitmaken van de exclusieve bevoegdheden van de gemeenschappen of gewesten, zich daartoe al dan niet steunend op de theorie van de impliciete bevoegdheden.* », D. Stevens, op.cit., p. 519.
115. Décision n° 243/2012/UE précitée, art. 6.4.

116. Arrêté royal du 22 décembre 2010 *modifiant l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, l'arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800 et l'arrêté royal du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de troisième génération*, M.B., 25 janvier 2011, p. 6994; Arrêté royal du 22 décembre 2010 *concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 2500-2690 MHz*, M.B., 25 janvier 2011, p. 7031.
117. Art. 13 de la loi du 13 juin 2005 *relative aux communications électroniques*.
118. Art. 28/3, § 3, de la loi du 30 mars 1995 précitée, inséré par l'art. 28 de la loi du 16 mars 2007 précitée.
119. Art. 11.1 (nouveau) de la directive « cadre ».
120. Bruxelles, 29 juin 2006, AR/2002/ 1059.
121. « Ces dispositions tendent à régler les conditions relatives à l'installation de câbles, lignes aériennes, antennes et supports, ainsi que d'équipements connexes, tant sur les propriétés privées que sur le domaine public. S'il peut être admis que dans le cadre de l'exercice de sa compétence résiduelle en matière de communications électroniques, l'État fédéral institue des servitudes légales d'utilité publique, il doit toutefois tenir compte de la compétence des Régions en ce qui concerne « le régime juridique de la voirie terrestre et des voies hydrauliques, quel qu'en soit le gestionnaire, à l'exclusion des voies ferrées gérées par la société nationale des chemins de fer belges » (article 6, § 1er, X, 2^obis, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles). (...) Pour l'essentiel, ces lois (du 6 février 1987 et du 21 mars 1991) règlent des matières – en l'occurrence, d'une part, la radiodistribution et la télédistribution et, d'autre part, les télécommunications – qui ne relèvent pas des compétences régionales. Toutefois, elles contiennent également des dispositions qui règlent l'usage du domaine public, en particulier celui de la voirie, en s'écartant du droit commun applicable en la matière. Comme on l'a vu, elles tentent d'assurer un équilibre entre les besoins du développement des services dont il s'agit et ceux de la gestion du domaine. En réalité, ces dispositions ont deux objets indissociables : d'une part, elles règlent l'exploitation des réseaux de radiodistribution, de télédistribution et de télécommunications et, d'autre part, elles déterminent des éléments du régime juridique de la voirie. Il s'ensuit que ni l'autorité fédérale ni les autorités fédérées ne pourraient seules modifier le régime que lesdites dispositions ont mis en place sans contrarier gravement les compétences de l'autre. En conséquence, seule la conclusion d'un accord de coopération entre les niveaux de pouvoirs concernés permettra de résoudre l'enchevêtrement des compétences. » À défaut d'un accord de coopération, les dispositions de la loi en projet qui fixent les conditions des relations entre les opérateurs de réseaux de communications électroniques d'une part, et les autorités dont relèvent le domaine public ou les opérateurs d'autres réseaux, d'autre part, pourraient être jugées non conformes au principe de proportionnalité, dans la mesure où elles pourraient être considérées comme rendant impossible ou exagérément difficiles l'exercice par les Régions de leur compétence en matière de voirie. » (Projet de loi relative aux communications électroniques, doc. 51/1425/01, avis du Conseil d'État n° 37.295/4 du 28 juin 2004, p. 224).
122. « Les droits de passage dont Belgacom disposait afin de déployer son réseau sont également attribués à tout exploitant de réseau public de télécommunications. (...) Dans le cadre de la libéralisation des télécommunications publiques, il est en effet nécessaire d'accorder à tout opérateur des droits de passages égaux. ». Projet de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'union européenne, Exposé des Motifs, Doc. Parl., 1265/1 – 97/98, p. 16 et 43.
123. Cour const., n° 172/2006, 22 novembre 2006, Mon. b., 13 février 2007, p. 7146 : « B.14. (...) Demander et obtenir cette autorisation ne saurait être considéré en soi comme une mesure disproportionnée rendant impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences fédérales en matière de télécommunications (...) ».
124. Cour const., n° 172/2006, 22 novembre 2006, Mon. b., 13 février 2007, p. 7146 : « B.18. Une rétribution est l'indemnisation d'un service accompli par l'autorité au bénéfice du redevable considéré isolément. Elle n'a qu'un caractère d'indemnisation, de sorte qu'un rapport raisonnable doit exister entre le coût ou la valeur du service fourni et le montant dû par le

redevable. La rétribution étant la contrepartie d'un service public fourni, elle est liée à la compétence matérielle de l'autorité concernée (...). B.22. Pour autant que le montant d'une telle indemnité pour l'usage privatif du domaine public de la Région flamande soit raisonnablement proportionné au service public qui est ainsi fourni, il s'agit d'une rétribution que la région, dans l'exercice de sa compétence matérielle, peut établir en vertu de l'article 173 de la Constitution. (...) B.23. En prévoyant à l'article 98, § 2, alinéa 1er, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques que l'autorité ne peut imposer aucune « rétribution ou indemnité » de quelque nature que ce soit pour le droit d'utilisation de l'opérateur du réseau public de télécommunications, le législateur fédéral, en ce que cette disposition s'applique également aux autorités régionales dans les matières pour lesquelles elles sont compétentes, porte atteinte à la compétence attribuée aux régions par l'article 173 de la Constitution et par l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, 1°, 2°, 4° et 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980. ».

125. J. Jost et R. Queck, op.cit., p. 18.
126. Cour const., n° 189/2011, 15 décembre 2011, p. 10-12: « B.5.1. L'article 98, § 2, de la loi du 21 mars 1991 est dicté par le souci « d'éviter une répétition de certains litiges » qui sont apparus dans le passé entre une autorité publique dont dépend le domaine public et Belgacom (désormais, depuis la modification législative du 19 décembre 1997, tout opérateur public de télécommunications)(...) B.5.2. (...) La disposition en cause garantit la gratuité de l'usage privatif du domaine public par les opérateurs de réseaux publics de télécommunications et interdit que les communes obtiennent une rémunération en contrepartie de l'usage privatif du domaine public qu'elles autorisent en l'espèce pour cet objet. B.8.2. Les antennes GSM, les mâts ou les pylônes supportant ces antennes doivent être distingués des câbles, lignes aériennes et équipements connexes visés par les articles 97 et 98 précités et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'usage du domaine public couvert par ces dispositions. B.9. Il résulte de ceci que l'article 98, § 2, en cause n'interdit pas aux communes de taxer, pour des motifs budgétaires ou autres, l'activité économique des opérateurs de télécommunications qui se matérialise sur le territoire de la commune par la présence sur le domaine public ou privé de pylônes, mâts ou antennes GSM affectés à cette activité ».
127. Proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et visant à permettre la perception d'impôts au profit des communes sur les pylônes et supports pour antennes GSM, doc. Parl. 52 1867/004, avis du Conseil d'État n° 47.011/2/V du 5 août 2009, p. 6)
128. L'IBPT ne dispose en la matière que d'un pouvoir général de contrôle du respect des dispositions pertinentes de la loi du 21 mars 1991, en vertu de l'article 14, § 1er, 3°, de la loi du 17 janvier 2003.
129. T. Zgajewski et M. Van Bellinghen, Quelle réforme pour le régulateur des télécommunications en Belgique ?, *Studia Diplomatica*, 2000/6, pp. 51-81.
130. P. ex. à l'art. 9.1, al 1er de la directive cadre, à l'art. 28.1 et 30.4, al. 2 de la directive « service universel » et à l'art. 4.1 bis, al. 2 de la directive « vie privée et communications électroniques ».
131. P. ex. à l'art. 12.3 de la directive « cadre ».
132. P. ex. à l'art. 26.5 de la directive « service universel ».
133. P. ex. à l'art. 20.1, al. 2 et 21.4 de la directive « service universel ».
134. P. ex. à l'art. 26.5 de la directive « service universel ».
135. P. ex. à l'art. 4.3, al. 1er de la directive « vie privée et communications électroniques ».
136. P. ex. à l'art. 28.2 et 33.3 de la directive « service universel » et à l'art. 12.4 de la directive cadre. Le considérant 43 ajoute que cela vise « notamment les autorités locales ».
137. C.J.U.E., 6 mars 2008, C-82/07, point 27.
138. C.J.U.E., 3 décembre 2009, C-424/07, point 99.
139. Arrêt de la Cour de justice du 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, Aff. C-474/08, point 29.
140. De façon incidente, par comparaison entre les deux secteurs d'activités relevant des compétences de l'IBPT, il existe désormais une différence fondamentale entre la nouvelle directive postale de 2008 (Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février

2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, J.O.U.E., 27 février 2008, L 52/3) et les nouvelles directives relatives aux communications électroniques de 2009. Alors que l'une conserve pour l'ARN la conception initiale d'indépendance par rapport aux acteurs du marché, les autres y ajoutent, de façon partielle, l'indépendance par rapport au pouvoir politique.

141. « *On the other hand, some uncertainty has arisen again with respect to the structural independence of the NRA. Recent developments in the attribution of competences between ministers in the federal government have led to a situation in which one of the leading minister's portfolio includes the supervision of public enterprises, including the fixed incumbent, as well as some responsibilities for electronic communications. This is being looked at by the Commission services, especially because the federal government still owns a majority stake in this operator.* » (Commission staff working document, annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des Régions, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005 (11^e rapport), Bruxelles, le 20.2.2006 COM(2006)68 final, p. 79).
142. « *Il est à signaler toutefois que le droit européen n'exige pas l'indépendance de l'autorité de régulation par rapport aux autorités politiques, mais bien par rapport aux organismes exploitant des réseaux ou des services de télécommunications. (...) La principale préoccupation de la réglementation européenne consiste ainsi à éviter un conflit d'intérêt dans le chef des autorités publiques entre leur fonction de régulateur et leur fonction d'opérateur. Cette préoccupation n'est pas neuve. Elle a été affirmée par la Cour de justice dès le début des années 90, à l'époque pour la régulation dans le secteur des terminaux téléphoniques. (...) Les contraintes pesant sur les États membres sont ainsi nettement plus fortes lorsqu'ils conservent le contrôle d'un opérateur, puisque le risque d'une mise en oeuvre discriminatoire de la réglementation est plus évident. (...) La même exigence a été imposée dans le secteur des postes par l'article 22 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux. (...). Compte tenu du maintien du contrôle de l'État sur les opérateurs traditionnels des télécommunications et des postes, la solution consiste à distinguer de manière plus nette la gestion de ces participations publiques d'une part, et la régulation de ces deux marchés d'autre part, y compris dans le chef des autorités responsables de l'une et de l'autre matière.* » (Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, doc. Parl. 50 1937/01, avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, p. 57-59).
143. « *Considérant 13 (...). À cet effet, il y a lieu de prévoir, en droit national, une disposition expresse garantissant que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises. (...). À cette fin, il convient d'établir préalablement des règles concernant les motifs de congédiement du chef de l'autorité réglementaire nationale afin de dissiper tout doute raisonnable quant à la neutralité de cet organisme et à son imperméabilité aux facteurs extérieurs. Il est important que les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante disposent de leur propre budget qui leur permette, en particulier, de recruter suffisamment de personnel qualifié. Afin de garantir la transparence, ce budget devrait être publié tous les ans.* ».
144. « *3 bis. Sans préjudice des paragraphes 4 et 5, les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises conformément à l'article 20 ou 21 de la présente directive agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire. Ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel. Seuls les organismes de recours établis conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmier les décisions prises par les autorités réglementaires nationales. Les États membres veillent à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale visée au premier alinéa ou son remplaçant ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction au sein de l'autorité réglementaire nationale ou leurs remplaçants ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, préalablement définies en droit national. La*

- décision de congédier le chef de l'autorité réglementaire nationale concernée ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction est rendue publique au moment du congédiement. Le chef congédié ou, le cas échéant, les membres congédiés de l'instance collégiale exerçant cette fonction reçoivent un exposé des motifs et ont le droit d'en demander publication si celle-ci n'intervient pas d'office, auquel cas celui-ci est publié. »
145. « Une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire. » (considérant 13, directive 2009/140/CE).
146. « La directive 2002/22 ne s'oppose pas en principe, par elle-même, à ce que le législateur national intervienne en qualité d'autorité réglementaire nationale au sens de la directive-cadre pour autant que, dans l'exercice de cette fonction, il réponde aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence prévues par lesdites directives et que les décisions qu'il prend dans le cadre de cette fonction puissent faire l'objet de recours effectifs auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées, ce qu'il appartient au Grondwettelijk Hof de vérifier » (Aff. C-389/08, arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2010, point 53).
147. Art. 15 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges :
- « § 1er. Le Conseil des Ministres peut, sur proposition du Ministre, par arrêté motivé, suspendre l'exécution de certaines décisions, dont le Roi détermine la liste par arrêté délibéré en Conseil des ministres, par lesquels l'Institut viole la loi ou blesse l'intérêt général. L'arrêté de suspension doit intervenir dans les trente jours de la réception de l'acte par le Conseil des Ministres. Il est immédiatement notifié à l'Institut et aux intéressés. L'Institut doit modifier l'acte suspendu dans les quinze jours à compter de sa suspension en se conformant à l'arrêté motivé prévu à l'alinéa 1er.
- § 2. Par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, le Roi fixe les modalités des procédures décrites au présent article.
- § 3. Les mesures d'exécution du présent article doivent être prises dans les trois mois qui suivent le jour de la publication de la loi au Moniteur belge. »
148. Lettre D (2002) 388 du 4 mars 2002 du Commissaire européen E. Liikanen au ministre des Télécommunications R. Daems, citée par D. Stevens, op. cit., p. 357.
149. « As to the independence of the Institute, there remain some pending issues. According to article 15(1) of the Act of 17 January 2003, the implementation of some decisions of IBPT/BIPT can be suspended by decision of the council of ministers but the decree establishing this list of decisions (in case of infringements of the law or general interest) has not yet been adopted. » (Commission staff working document, op. cit., 2006, p. 79).
150. « Après avoir examiné l'avant-projet sous l'angle de l'indépendance du régulateur à l'égard des opérateurs, il convient maintenant de le faire sous l'angle de l'indépendance à l'égard du Gouvernement. Comme indiqué précédemment, le choix fait par l'auteur du projet de faire de l'autorité réglementaire nationale une autorité administrative sur laquelle le Gouvernement n'exercera qu'un contrôle limité n'est donc nullement une contrainte du droit européen. La question qui se pose est de savoir si un tel choix est compatible avec les principes constitutionnels d'attribution des pouvoirs, qui impliquent que ceux-ci ne peuvent en principe être délégués à des personnes dont les activités échappent aux contrôles des autorités publiques. Dans la mesure où des prérogatives d'autorités administratives sont confiées à des organismes dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer, devant les chambres législatives, la responsabilité politique. Le nouveau cadre réglementaire européen relatif aux communications électroniques ne l'empêche d'ailleurs pas. (...) Dès lors, il convient de prévoir des mécanismes permettant de maintenir la responsabilité politique du pouvoir exécutif. C'est à cette condition que le pouvoir législatif peut effectivement exercer son contrôle. (...) La section de législation a déjà admis par le passé que soient attribuées à des organismes des missions administratives, telles que des missions d'autorisation, de contrôle ou de surveillance, pour lesquelles le Gouvernement n'exerce directement aucun pouvoir d'injonction, d'annulation ou de réformation (A l'exclusion toutefois de tout pouvoir d'édicter des règlements). (...) Si donc, ainsi qu'il ressort de cette jurisprudence, il peut être admis qu'un organisme chargé de certaines missions de contrôle, ou même de sanction, jouisse d'une relative indépendance, la nécessité d'un contrôle suffisant

du Gouvernement n'en est pas moins reconnue. Le caractère suffisant du contrôle doit être apprécié en fonction de l'étendue des pouvoirs qui sont confiés à l'autorité administrative. Lorsqu'il s'agit d'appliquer à des cas individuels une réglementation précise, qui ne laisse que peu de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'organisme, le pouvoir de contrôle de l'exécutif peut être réduit. Par contre, lorsque l'exercice des pouvoirs qui sont confiés à cet organisme implique des choix d'opportunité, il s'impose que cette autorité, qui n'est pas responsable politiquement, soit soumise à un contrôle plus étroit du Gouvernement. (...) A cet égard, les pouvoirs de l'Institut, principalement dans le secteur des télécommunications, ne sont, déjà actuellement, pas négligeables. L'avant-projet tend à les augmenter et la transposition des directives précitées ne devrait pas avoir pour effet de les réduire (...) Il reste que l'énoncé de ces objectifs, exprimés en termes généraux, démontre l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont l'Institut jouira dans l'accomplissement des missions de régulation (Lorsque les directives utilisent les mots « tâches réglementaires », elles visent toute intervention de l'autorité administrative, qu'elle consiste en une mesure générale et abstraite, ou en une décision particulière. Comme la section de législation l'a déjà rappelé à maintes reprises, il est exclu qu'une règle générale et abstraite soit fixée sans intervention directe d'une autorité politiquement responsable. Le mot « régulation », certes lui-même ambigu, est ici utilisé dans son sens étroit, à savoir la prise de décisions particulières prises par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, par opposition à la réglementation qui recouvre traditionnellement dans la terminologie juridique interne, les seules normes générales et abstraites.) des marchés concernés qui lui sont confiés. Un tel pouvoir discrétionnaire ne peut rester sans contrôle. (...) Enfin, compte tenu de l'extension présente et future des attributions de l'Institut, il conviendrait que les actes adoptés par celui-ci en vertu des lois du 21 mars 1991 et du 30 juillet 1979, précitées, qui présentent une grande importance pour le fonctionnement de ces marchés concernés à une forme de tutelle spéciale par le Ministre en charge de la réglementation des secteurs concernés. La détermination de ces actes soumis à tutelle ne peut pas être dissociée de la mise en œuvre prochaine par le législateur belge du nouveau cadre réglementaire européen sur les réseaux électroniques. Si les mesures qui viennent d'être suggérées étaient prises, l'étendue du pouvoir discrétionnaire confié à l'Institut et l'absence d'une tutelle générale serait admissible. » (Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, doc. Parl. 50 1937/01, avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, p. 59-65).

151. « Ainsi que la section de législation l'avait rappelé en substance à propos de l'avant-projet de loi devenu la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des larges pouvoirs discrétionnaires, il convient qu'une autorité politiquement responsable exerce directement ces pouvoirs ou en contrôle étroitement l'exercice. Il appartient au législateur d'apprécier s'il convient d'habiliter l'Institut à prendre lui-même l'initiative de prendre d'autres mesures que celles prévues par la loi et de requérir à cette fin l'autorisation de la Commission ou si une telle prérogative doit rester entre les mains du gouvernement. On relèvera à cet effet, d'une part, que le pouvoir discrétionnaire qui serait, dans la première hypothèse, ainsi confié à l'Institut serait relativement large puisque la nature des mesures à prendre ne serait pas définie – seuls seraient les objectifs à atteindre –, mais que d'autre part, les décisions de l'Institut n'échapperaient pas entièrement au contrôle du gouvernement. La loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications a en effet prévu que le ministre peut introduire un recours en pleine juridiction devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de l'Institut. Dans le cadre de ce contrôle juridictionnel, la Cour d'appel aura à vérifier, notamment, si la mesure prise par l'Institut poursuit effectivement les objectifs définis par les articles 6 à 8 de la loi en projet, mais également si elle respecte les principes de proportionnalité, d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de neutralité technologique (article 5 de l'avant-projet). S'agissant d'un contrôle de pleine juridiction, le ministre pourra solliciter la réformation de la décision prise par l'Institut. A ce contrôle juridictionnel, s'ajoute la possibilité pour le Roi de mettre en œuvre le contrôle de tutelle prévu par l'article 15, § 1er, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges. Les contrôles prévus par la législation en vigueur permettent donc au gouvernement d'assumer la responsabilité politique des décisions prises par l'Institut, mais le Gouvernement ne pourrait substituer aux mesures prises par cette autorité d'autres qu'il jugerait plus opportunes. » (Projet de loi relative aux communications électroniques, doc. 51/1425/01, avis du Conseil d'État n° 37.295/4

- du 28 juin 2004, p. 230-231). En ce sens, P.-Y. Potelle, « Un nouveau statut pour le régulateur des télécommunications dans un secteur en pleine mutation », *R.D.T.I.*, 2003, n° 16, p. 90.
152. Avant-projet de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et modifiant la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, avis du Conseil d'État n° 47.625/4 du 22 février 2010, p. 2-6.
 153. « *Mede onder druk van de vereisten waarin de Europese richtlijnen voorzien, groeide geleidelijk een geheel nieuwe vorm van overheidsoptreden die gekenmerkt wordt door twee vanuit juridisch oogpunt moeilijk te verzoenen evoluties: het toekennen van een substantiële autonomie enerzijds, en van uitgebreide beleidsbevoegdheden anderzijds.* » (D. Stevens, op. cit., p. 512).
 154. D. De Roy, « Le pouvoir réglementaires des autorités administrative indépendantes en droit belge », *Rapports belges au Congrès de l'Académie de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruyant, 2006, p. 729, n° 37.
 155. « *IBPT/BIPT is an independent organ which is not controlled by a minister, which instead has political responsibility vis-à-vis the Belgian Parliament.* », (Commission staff working document, annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des Régions, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005 (11^e rapport), Bruxelles, le 20.2.2006 COM(2006)68 final, p. 79).
 156. D. Stevens, op. cit., p. 536, 538 et 545.
 157. F. Louis, « La séparation des pouvoirs comme justification d'une limitation *contra legem* du rôle de la cour d'appel de Bruxelles dans le contentieux du contrôle des décisions du conseil de la concurrence », obs. sous Cass. (1^{ère} ch.), 3 juin 2011, J.T., n° 6454, 36/2011, p. 763, point 17.
 158. *Ibidem*, p.763, point 20.
 159. La Cour de justice de l'Union européenne a estimé dans un arrêt du 9 mars 2010 que, en prévoyant l'exercice de leurs missions « *en toute indépendance* », la directive européenne 95/46/CE (Directive 95/46/CE du parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (J.O., L. 281, p. 31).) applicable en l'espèce ne permettait pas la tutelle de l'État sur ces autorités (« *il ne saurait être exclu que les autorités de tutelle, qui font partie de l'administration générale et sont donc soumises au gouvernement (...), ne soient pas en mesure d'agir de manière objective lorsqu'elles interprètent et appliquent les dispositions relatives au traitement des données à caractère personnel. (...) le seul risque que les autorités de tutelle puissent exercer une influence politique sur les décisions des autorités de contrôle suffit pour entraver l'exercice indépendant des missions de celles-ci* » (CJCE, 9 mars 2010, C-518/07, Commission c/Allemagne, n° 35 et 36).). Certes, cet arrêt concerne la matière de la protection des données personnelles, et non des communications électroniques. Par ailleurs, le cadre réglementaire européen relatif aux communications électroniques ne comporte pas de disposition identique, requérant l'exercice d'une mission d'ARN « *en toute indépendance* ». Enfin, les organismes qualifiés d'ARN selon ce même cadre réglementaire n'ont pas pour tâche « *d'assumer un juste équilibre entre, d'une part, le respect du droit fondamental à la vie privée et, d'autre part, les intérêts qui commandent une libre circulation des données à caractère personnel* » (*Ibid.*, n° 24).
 160. E. Mathieu et D. Aubin, *La centralisation administrative de l'Union européenne: le cas d'application de la régulation européenne des communications électroniques par la Belgique*, Adm. Pub., 2011, p. 249 et s.
 161. « *B.4. La CREG est une autorité administrative qui dispose d'une large autonomie qui n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative. Elle est instituée dans le but d'accomplir certaines missions que le législateur souhaitait soustraire à l'autorité du Gouvernement fédéral. B.5. L'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative n'est pas contraire à la Constitution. L'article 37 de la Constitution, invoqué aussi dans la question préjudicielle, ne s'oppose pas non plus à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire. Par ailleurs, dans*

- le considérant 34 de la directive 2009/72/CE, il est dit que l'indépendance du régulateur de l'énergie « n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres ». » (Cour Const, n° 130/2010, 18 novembre 2010).
162. Comme l'indique l'exposé des motifs, « l'article 3.3bis, alinéa 1^{er} (nouveau), de la directive « cadre » prévoit que les autorités nationales responsables de la régulation du marché ex ante (...) agissent en toute indépendance et que « Seuls les organismes de recours établis conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmer les décisions prises par les autorités réglementaires nationales ». L'article 15 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges qui permet au Conseil des ministres de suspendre certaines décisions prises par l'IBPT n'est pas compatible avec cette disposition. En effet, le Conseil des ministres, au contraire de la Cour d'appel de Bruxelles, n'est pas l'organe de recours contre les décisions prises par l'Institut. L'avis du Conseil d'État selon lequel « il conviendrait que les actes adoptés par (l'Institut) (...) qui présentent une grande importance pour le fonctionnement de ces marchés soient soumis à une forme de tutelle spéciale par le Ministre en charge de la réglementation des secteurs concernés » (Avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, Doc. Parl., Ch., 2001-2002, n° 1937/1, p. 65), qui avait motivé l'introduction de l'article 15 précité, doit également être relu à la lumière de la jurisprudence récente. Un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes est venu préciser la notion d'indépendance des autorités de contrôle au regard de la tutelle de l'État : « le seul risque que les autorités de tutelle puissent exercer une influence politique sur les décisions des autorités de contrôle suffit pour entraver l'exercice indépendant des missions de celles-ci » (CJCE, 9 mars 2010, C-518/07, Commission c/Allemagne, n° 36). Or, l'indépendance de l'IBPT est expressément requise par les directives européennes. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a jugé que « L'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative n'est pas contraire à la Constitution. L'article 37 de la Constitution (...) ne s'oppose pas non plus à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire » (C. Const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.5). Or, l'IBPT répond à ces caractéristiques. ».
163. A.-S Renson, L'indépendance des autorités de régulation : la fin d'une controverse, J.T., 2011, p. 350.
164. Art. 34 de la loi précitée du 17 janvier 2003, remplacé par l'art. 8 de la loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications.
165. Art. 3.3bis de la directive « cadre ».
166. Art. 55, § 5, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.
167. Bruxelles (18^{ème} Ch.), 30 juin 2009, AR/2006/ 2332 et autres, considérant 39.
168. Art. 3.3bis de la directive « cadre ».
169. « Il résulte de cette disposition que, lorsque l'autorité est elle-même propriétaire de réseaux et/ou de services de communications électroniques ou en a le contrôle, comme c'est le cas dans notre pays, l'autorité réglementaire nationale doit être indépendante de l'autorité. Des objections surgissent dès lors à l'encontre de la disposition énoncée à l'article 5 de l'accord de coopération qui prévoit que le Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision peut prendre, à la demande d'un Ministre, des décisions à la place de la CRC. Cette disposition viole la disposition susmentionnée de la directive « cadre », en ce qu'elle rompt la séparation structurelle de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part. La disposition énoncée à l'article 5 qui prévoit que le Comité interministériel « respecte les règles et principes du cadre réglementaire européen applicable » ne suffit pas pour effacer cette objection » (Projet de loi portant des dispositions diverses, doc. 51/2761/11, avis du Conseil d'État n° 41.711/VR du 28 novembre 2006, p. 9).
170. « This mechanism raises a series of questions about how the principles of the regulatory framework will be complied with. Moreover this has to be considered in conjunction with the risks of regulatory decisions being perceived to be undermined by the lack of structural separation between state shareholding and regulatory functions, when the federal government still owns a majority shareholding in the fixed incumbent and the regions have stakes in

- some of the regional cable network operators.* »(Commission staff working document, annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des Régions, Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe en 2005 (11^e rapport), Bruxelles, le 20.2.2006 COM(2006)68 final, p. 80).
171. Q. Coppieeters 't Wallant, E. Lievens, R. Queeck, D. Stevens et P. Valcke, op. cit., p. 104 ; D. Stevens, op. cit., p. 505.
172. Art. 4 de la loi du 17 janvier 2003 *concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges* (Mon. b., 24 janvier 2003).
173. Conseil de la concurrence, décision n°2010 – L/G du 22 juillet 2010, *Mobistar S.A. / Belgacom S.A.*, p. 14.
174. *Ibidem*, p. 29-30. Dans ce litige, le Conseil de la concurrence a rejeté la demande de surseoir à statuer et de poser à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles portant sur cette question de compétence.
175. P.-Y. Potelle, op. cit., p. 95. Cette disposition vise tous les litiges liés à l'application des directives de 2002.
176. Q. Coppieeters 't Wallant, E. Lievens, R. Queeck, D. Stevens et P. Valcke, op. cit., p. 101 ; Ch. Schurmans, op. cit., p.77.
177. « L'Institut rétrocède à l'État le solde des ressources lorsque ces ressources excèdent les frais de fonctionnement de l'Institut. » (art. 32, § 1^{er}, de la loi précitée du 17 janvier 2003).
178. Q. Coppieeters 't Wallant, E. Lievens, R. Queeck, D. Stevens et P. Valcke, op. cit., p. 83.
179. P.-Y. Potelle, op. cit., p. 96.
180. « *It is reported by market players that the resources of BIPT are limited and that this is causing delays in meeting its objectives. The problem is likely to be exacerbated in view of the new tasks required of the BIPT such as conducting market analysis under the new EU framework* » (Commission staff working paper, annex tot the European Electronic Communications Regulation and Markets 2004 (10th report), Brussels, 02.12.2004 COM(2004)759 final, p. 77). « *Few changes are reported with regard to the human and financial resources of the NRA. Operators doubt whether the regulator is properly staffed to deal with the growing need for economic regulation* » (Commission staff working document, Belgium, annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des Régions, Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques de 2008 (14^e rapport), Bruxelles, le 24.3.2009 COM(2009)140 final, p. 2).
181. « *On the other hand, the NRA's human resources have been structurally reinforced with the staffing level increased by 20 persons.* » (Commission staff working document, Belgium, annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des Régions, Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques de 2007 (13^e rapport), Bruxelles, le 19.3.2008 COM(2009)153 final, p. 2).
182. Art. 185 de la loi-programme du 23 décembre 2009, Mon. b., 30 décembre 2009, p. 82.351.
183. « *Toutefois, il est de jurisprudence constante que dans l'intervalle entre l'entrée en vigueur d'une directive et la date ultime de transposition, les États membres ne peuvent adopter des mesures qui seraient contraires aux dispositions de la directive. Par conséquent, les dispositions de l'avant-projet qui ont le même objet que les directives en question, doivent être conformes à celles-ci.* » (Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, doc. Parl. 50 1937/01, avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, p. 54). Cette position de la section de législation du Conseil d'État a été rappelée dans un avis récent n° 47.626/4 du 27 janvier 2010 à propos d'un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière télécommunication »(sic).
184. Art. 209 de la loi-programme du 23 décembre 2009, Mon. b., 30 décembre 2009, p. 82.356.
185. Projet de loi programme, Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture, doc. Parl. 52 2278/012, p. 35.

186. « *L'habilitation doit, en outre, être compatible avec le principe d'autonomie de gestion financière de l'IBPT, consacré par l'article 29 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges conformément au principe d'indépendance requis par l'article 3 de la 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 »). À défaut, il conviendra de prévoir que les arrêtés pris en exécution de la disposition en projet doivent être confirmés dans un certain délai par le législateur.* » (Projet de loi programme, doc. Parl. 52 2278/001, avis du Conseil d'État n°47.385/4 du 10 novembre 2009, p. 235).
187. Voy. article 15bis nouveau de la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.
188. Le simple renvoi, pour l'identification des thèmes pouvant faire l'objet de manquements potentiellement soumis au régime de sanctions, à la partie A de l'annexe de la directive « autorisation » en donne l'ampleur : obligations d'accès, service universel, protection du consommateur, protection des données à caractère personnel et de la vie privée, informations à fournir, numérotation, etc.
189. « *L'article 10, § 2, de la directive « autorisation », que cet article entend transposer, met en place une procédure de sanction dérogatoire au régime commun de sanction. Cette procédure par étapes successives ne vise en réalité que les infractions qui y sont énumérées.* » (Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, doc. 52/1813/01, Exposé des Motifs, p. 9).
190. « *Enfin, la description des cas dans lesquels la procédure de l'article 21 ou 21/1 devait être appliquée n'était pas totalement conforme à l'article 10.2 et suivants de l'ancienne directive « autorisation », essentiellement parce que le concept d'une autorisation générale comprend beaucoup plus d'obligations légales et réglementaires que celles énumérées de manière limitative par le législateur à l'annexe de l'article 21/1 (...). Pour être conforme à l'article 10.5 nouveau de la nouvelle directive « autorisation », tel qu'introduit par la directive 2009/140/CE, cette mesure en matière de communications électroniques se limite aux cas dans lesquels il est renvoyé à cet article. Il s'agit dans les grandes lignes (et sans pouvoir être exhaustif, en raison du champ d'application étendu de l'autorisation générale, comme décrit à l'annexe, partie A, de la directive « autorisation ») de la législation par laquelle ou en exécution de laquelle des obligations en matière d'analyse de marché, de fourniture de service universel, de déclaration, de vie privée, de protection des consommateurs et d'octroi de droits d'utilisation pour des numéros et des fréquences sont imposées.* » (Consultation organisée par le Conseil de l'IBPT à la demande du ministre pour l'Entreprise et la Simplification en date du 18 décembre 2010 concernant la transposition des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE, Exposé des Motifs, p. 7-9).
191. « (...) *La section de législation a déjà admis par le passé que soient attribuées à des organismes des missions administratives, telles que des missions d'autorisation, de contrôle ou de surveillance, pour lesquelles le Gouvernement n'exerce directement aucun pouvoir d'injonction, d'annulation ou de réformation (A l'exclusion toutefois de tout pouvoir d'édicter des règlements). (...) Comme la section de législation l'a déjà rappelé à maintes reprises, il est exclu qu'une règle générale et abstraite soit fixée sans intervention directe d'une autorité politiquement responsable. Le mot « régulation », certes lui-même ambigu, est ici utilisé dans son sens étroit, à savoir la prise de décisions particulières prises par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, par opposition à la réglementation qui recouvre traditionnellement dans la terminologie juridique interne, les seules normes générales et abstraites* » (Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, doc. Parl. 50 1937/01, avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, p. 59 et 65).
192. « *Le fait que les modalités pour mener une séparation comptable soient fixées au préalable dans un arrêté royal général et ne puissent donc pas être adaptées aux circonstances, peut cependant avoir pour conséquence que l'Institut ne puisse plus imposer d'obligations appropriées. De plus, il se pose la question de savoir si de par cette intervention, l'État belge n'entrave pas l'indépendance du régulateur et n'enfreint pas les autres règles de l'article 3.2 de la directive Cadre. L'Etat belge a en effet d'une part la compétence de fixer certaines règles relatives à l'imposition de mener une séparation comptable et est d'autre part l'action-*

- naire principal de l'entreprise qui entre le plus en considération pour l'application de cet article, à savoir Belgacom.* » (Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, doc. 52/1813/01, Exposé des Motifs, p. 17).
193. Voy. article 19, 2° de la loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, Mon. b., 4 juin 2009.
 194. Bruxelles (9ème Ch.), 14 octobre 2004, AR/2003/ 2463, p. 35, n°49, ce qui a été rappelé dans Bruxelles (18ème Ch.), 7 mai 2009, AR/2008/ 787, considérant 293; Ch. Schurmans, op. cit., p.81.
 195. X. Taton, op. cit., p. 803, n° 6.
 196. D. De Roy, op.cit., p. 724, n° 31.
 197. Bruxelles (9ème Ch.),14 octobre 2004, AR/2003/ 2463, p. 35, n°49.
 198. Voir Art. 34 de la loi précitée du 13 janvier 2003, remplacé par l'art. 8 de la loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications.
 199. « *Favours granted by public authorities are often explained by specific links existing between these authorities and the undertakings they favour* » (P. Nihoul et P. Rodford, EU electronic communications law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market, second edition, 2011, p. 38, n° 1.145).
 200. « *Implementation of the revised Framework Directive – Independence of National Regulatory Authorities* » (COCOM10-16), p. 4.
 201. Voy. notamment le projet de loi fédérale du 2 sept. 2011 portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, Doc. Parl., 53 1725/001, Exposé des Motifs, p. 62, 78 et 79.
 202. Lasok, « *Appeals under the New Regulatory Framework in the Electronic Communications sector* » *European Business Law Review*, juillet 2005, p. 795. « *The body with which the appeal is lodged (...) must have the power to review all aspects of the case, including the ability to take a decision on the merits of the case (...). In many Member States, administrative decisions are reviewed in their formal aspects. The courts determine whether the administrative organ which has taken the decision has respected the formalities prior to adopting a position. That situation, for the Commission, is not satisfactory. For that reason, it has been specified in the NRF (New Regulatory Framework) that the review should address both the substance and the form where an appeal is lodged against a decision taken by an NRA.f* » (P. Nihoul et P. Rodford, EU electronic communications law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market, 2004, p. 637 et 639, n° 6.21 et 6.25).
 203. Voy. l'analyse de X. Taton, « *Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire* », RDC-TBH n° 08/2005, p. 806, point 13. La Cour de justice n'a pas encore statué sur cette question. Dans un arrêt du 12 novembre 2009, elle se borne à reconnaître un pouvoir interprétatif à l'organe chargé du recours : « *Il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si, eu égard au statut et à la nature des opérateurs en cause au principal, ceux-ci peuvent être qualifiés d'opérateurs de réseaux publics de communications.* » (Affaire C-192/08 du 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland Oyj*, point 48). Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, « *parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi* » (A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, n° 43509/08, § 59, 27 septembre 2011).
 204. Art. 2. de la loi du 17 janvier 2003 précitée.
 205. S. Lavrijsen et M. de Visser, « *Independent administrative authorities and the standard of judicial review* », *Utrecht Law Review*, Volume 2, Issue 1 (June), 2006, p. 127.
 206. Art. 95 du Décret du Conseil de la Communauté germanophone sur la radiodiffusion et les représentations cinématographique (Mon. b., 6 septembre 2005).
 207. X. Taton, *Les recours juridictionnels en matière de régulation (énergie, communications électroniques, audiovisuel, transports, finance et concurrence)*, Larcier, 2010, p. 103. Selon l'auteur, le « *droit de l'Union européenne ne règle pas la question de l'étendue du pouvoir de*

- juridiction (annulation ou décision propre) dont dispose la Cour d'appel de Bruxelles (...). Le droit de l'Union européenne exige seulement que le droit procédural national respecte les principes d'équivalence et d'effectivité* ». Il cite à cet effet les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro du 18 juillet 2007, aff. C-55/06, *Arcor*, p. 98 et l'arrêt rendu dans la même affaire par la C.J.U.E. aux points 163, 168 et 170.
208. Ph. Malherbe, « Les compétences directes de la Cour d'Appel : concurrence, finance, énergie, communications, télécommunications », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2006, p. 244.
209. Art. 5, al. 3 de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 précité.
210. D. Stevens, op. cit., p. 220.
211. « *En attribuant expressément à la cour d'appel de Bruxelles une compétence de pleine juridiction, le législateur a entendu ne pas limiter ses pouvoirs à celui d'annuler les décisions de l'IBPT entachées d'illégalité et lui reconnaître le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise. (...) Encore faut-il que la cour puisse substituer sa décision à l'acte attaqué sur la base des éléments versés au dossier sans heurter le principe de la séparation des pouvoirs en privant l'IBPT, autorité réglementaire nationale, de son pouvoir d'appréciation, ni méconnaître les dispositions des nouvelles directives qui édictent des obligations d'information et de coopération non équivoques à la charge des autorités réglementaires nationales qui entendent imposer des obligations à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché donné. (...) Or, comme précisé plus haut, la cour ne peut sous peine de priver l'IBPT de sa liberté d'appréciation et se substituer ainsi à lui, déterminer elle-même de quelle manière celui-ci doit exercer ses pouvoirs ni choisir à la place de l'autorité réglementaire nationale la solution qui semble la plus appropriée dans les limites fixées par la loi (Cass., 19 avril 1991, Pas. 1991, I, p. 751 et 4 mars 2004, RC04341-1).* » (Bruxelles (9^{ème} Ch.), 18 juin 2004, AR/2003/2249, considérants 49 et 64, voir ég. Bruxelles (9^{ème} Ch.), 23 mars 2007, AR/2004/3047, p. 2, n° 4.). « *Il appartient à la cour de déterminer, pour chacun des griefs pris séparément, si elle doit se limiter à un contrôle de légalité de la décision attaquée, ou si elle est habilitée à substituer son appréciation à celle de l'IBPT. En effet lorsqu'une disposition communautaire laisse aux autorités nationales chargées de la mettre en œuvre une liberté d'appréciation, le juge ne saurait, en contrôlant la légalité d'une telle liberté, substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente. Il doit se limiter à examiner si celle-ci n'a pas commis une erreur manifeste ou un détournement de pouvoir* » (Bruxelles (9^{ème} Ch.), 12 mai 2006, AR/2004/174, considérant 15). La cour se réfère à la jurisprudence européenne (Cour de justice, arrêt du 17 octobre 1995, *The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food e.a.*, C-44/94, Rec., p. I-3115, point 157).
212. Bruxelles (18^{ème} Ch.), 7 mai 2009, AR/2008/ 787, p. 77, considérant 295.
213. Bruxelles (18^{ème} Ch.), 7 mai 2009, AR/2008/ 787, p. 77, considérant 294.
214. Bruxelles (18^{ème} Ch.), 30 juin 2009, AR/2008/ 2332 et autres, considérant 41.
215. Loi du 31 mai 2009 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, M.B., 10 juillet 2009, p. 47.845.
216. En effet, selon l'Exposé des motifs du projet de loi (devenu la loi du 31 mai 2009 précitée), le projet « *vise à renforcer le traitement efficace des litiges dans un sens conforme à l'article 4 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 (cadre). En effet, à travers le renforcement d'une procédure transparente, le traitement du contentieux objectif par la Cour d'appel de Bruxelles devrait pouvoir être amélioré.* ». Ce faisant, le législateur a maintenu de manière ambiguë dans la loi que cette Cour exerce un contrôle de pleine juridiction, qui en s'apparentant au contrôle de légalité le vide en fait de toute sa substance.
217. Ph. Malherbe, op. cit., p. 278.
218. F. Louis, op. cit., p. 762, point 16.
219. Bruxelles, 10 février 2006, RDC-TBH n° 08/2006, considérant 48.
220. D. Roy, « Le contrôle des amendes infligées par la Commission bancaire, financière et des assurances et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles », RDC-TBH n° 08/2006, p. 792, point 21.

221. « *L'exercice par la cour de son pouvoir de pleine juridiction implique que la cour, le cas échéant après annulation de la décision attaquée, apprécie le montant de l'amende en fonction de tout ce qui relève de l'appréciation de la CBFA en matière d'amendes administratives en respectant le principe de proportionnalité qui s'impose à cette autorité (Cour d'arbitrage, arrêt n° 22/1999 du 24 février 1999 et arrêt n° 96/2002 du 12 juin 2002; Cass., arrêt n° JC02102 du 24 janvier 2002; Cass., arrêt S.04.0096.F/1 du 17 janvier 2005). La cour peut donc également apprécier l'opportunité d'infliger la sanction et accorder une remise complète ou partielle de celle-ci (Cour eur. D.H. 4 mars 2004, Silverster's Horeca Service c. Belgique)* » (Bruxelles, 19 janvier 2006, RDC-TBH n° 08/2006, considérant 53).
222. J.-F. Bellis et M. Favart, « Le contrôle juridictionnel sur les décisions d'admissibilité d'une concentration par le Conseil de la concurrence après l'arrêt *edictéo* », *J.T.*, 10 février 2005, 41/2005, p. 765.
223. X. Taton, op.cit., p. 806, points 16, 18 et s.
224. Ch. Schurmans, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation dans le secteur des communications électroniques en Belgique », *R.T.D.I.*, 2007, n° 27, p.75.
225. Ainsi, en matière de motivation formelle des actes administratifs, le pouvoir de pleine juridiction permet à la Cour d'appel de Bruxelles de tenir compte des explications données par l'IBPT durant l'audience (Bruxelles, 30 juin 2009 (18^{ème} Ch.), AR/2006/ 2332 et autres, considérant 64; voy. égal. Bruxelles (9^{ème} Ch.), 12 mai 2006, AR/2004/ 174, considérant 35) et de substituer sa propre motivation à celle de la décision contestée (Bruxelles, 27 juin 2008 (18^{ème} Ch.), AR/2006/ 468, considérant 42).
226. D. Stevens, op. cit., p. 549; F. Louis, op. cit., p. 762, point 7.
227. La Cour estimait que l'IBPT ne pourrait décider d'apporter à tout moment les modifications qu'il juge nécessaires aux offres de références sans donner nécessairement un effet rétroactif à sa décision, ce qui lui est interdit (voir Bruxelles (9^{ème} ch.), 14 octobre 2005, 2003/AR/2339, p.12). Elle a ultérieurement admis l'adoption de décision rétroactive par l'IBPT suite à une annulation qu'elle prononce (Bruxelles (18^{ème} Ch.), 7 mai 2009, AR/2008/ 787, p. 77, considérant 297). Le législateur a préféré encadrer ce pouvoir de réfection avec effet rétroactif, redoutant de nouveaux recours en série de la part des opérateurs en cas d'application des principes généraux de droit administratif permettant à certaines conditions la rétroactivité des actes administratifs (Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, Chambre des Représentants de Belgique, 13 février 2009, doc 52 1813/001, Exposé des motifs, p. 5 et 6).
228. Art. 14, § 2, 6°, de la loi précitée du 17 janvier 2003, inséré par l'art. 2 de la loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques.
229. P. Larouche et X. Taton, Enforcement and judicial review of decisions of national regulatory authorities – identification of best practices, A CERRE study, 2011, p. 157.
230. F. Louis, op. cit., p.763, point 20.
231. Considérant 14 de la directive 2009/40/CE.
232. P.-Y. Potelle, op. cit., p. 91.
233. Ici également, soit dit en passant, il existe une différence entre les règles de recours dans le secteur postal (directive 2008/6/CE, art. 22.3) et celles du secteur des communications électroniques.
234. « *Par ailleurs, l'organisation du recours contre les décisions des régulateurs sectoriels doit aussi être améliorée. Ce principe doit encore se concrétiser dans les diverses réglementations sectorielles. Il s'agit essentiellement des secteurs de l'énergie, des télécoms et des chemins de fer. Pour l'énergie, cela a été mis au point depuis lors. Le prochain secteur qui sera traité sera celui des télécommunications.* » (Doc. Parl., Chambre, Doc 52 2225/11, note de politique générale, l'Entreprise et la Simplification, 5 novembre 2009, p. 10). Une première tentative dans cette direction a cependant échoué, faute de motivation adéquate de l'urgence dans le cadre de la demande d'avis auprès de la section de législation du Conseil d'État (Doc. Parl. Chambre, projet de loi portant des dispositions diverses, 4 décembre 2009, doc. 52 2299/001, p. 257: « *Du point de vue du contenu, la justification suivante pour la modification de la compétence d'avis peut être invoquée: l'article 79 de la LPCE prévoit que le Conseil de la concurrence connaît, dans les cas déterminés par la loi, des recours contre les décisions rendues par les autorités sectorielles de régulation. Le Gouvernement a l'intention d'exécuter*

cette disposition avant la fin de la législature, notamment en ce qui concerne les décisions de l'Institut, mais il estime que la loi portant des dispositions diverses ne se prête pas à cette réforme en profondeur. Toutefois, dans le cadre de la précision des modalités de la compétence d'avis, le Gouvernement souhaite déjà tenir compte des développements ultérieurs. Il estime que si le Conseil de la concurrence devient l'instance de recours pour toutes ou certaines décisions de l'Institut, il ne peut pas être demandé à ce même Conseil à un stade antérieur d'émettre un avis sur ces décisions »).

235. Loi du 26 janvier 2010 modifiant la loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, la loi du 19 décembre 2006 relative à la sécurité d'exploitation ferroviaire et le Code judiciaire en ce qui concerne le recours contre certaines décisions de l'organe de contrôle et de l'autorité de sécurité, Mon. b., 9 février 2010.
236. « Le Conseil d'État n'est pas, en l'état actuel des textes, l'instance la plus appropriée pour connaître des recours contre les décisions de l'organe de contrôle et de l'autorité de sécurité, compte tenu : de la spécificité de la matière visée et des délais propres à la procédure devant la haute instance administrative ; de ce que le contentieux des droits subjectifs est resté par nature soumis aux tribunaux de l'ordre judiciaire. En matière ferroviaire, la ligne de démarcation entre les questions relevant de l'exercice discrétionnaire, mais justifié, par l'organe de contrôle et l'autorité de sécurité, de leurs prérogatives ou compétences (discrétionnaires) et les questions de la violation des droits subjectifs des personnes soumises aux décisions des deux autorités visées n'est pas facile à tracer. (...) Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, plusieurs arguments justifient le choix de centraliser le contentieux relatif aux missions dévolues aux deux autorités visées dans le projet au sein d'une seule juridiction, à savoir la cour d'appel de Bruxelles. Ces matières relèvent à la fois du contentieux objectif et du contentieux des droits subjectifs, ceci ayant pour conséquence qu'il faut préciser la nature des compétences appelées à être dévolues à la juridiction concernée. Cette concentration de compétences auprès de la cour d'appel de Bruxelles présente les intérêts suivants : 1. spécialisation de la cour d'appel dans ce domaine ; 2. unification de la jurisprudence applicable au secteur ferroviaire ; 3. simplification des voies de recours en la matière ; 4. rapidité de la procédure ; 5. renforcement de la sécurité juridique ; 6. garantie de protection des droits et libertés individuelles sous tous leurs aspects, dans le cadre d'un contrôle de pleine juridiction. La notion de « pouvoir de pleine juridiction » fait référence au pouvoir de connaître du litige dans tous ses éléments de fait et de droit et de statuer sur le fond. En Belgique, on relèvera des recours similaires propres à d'autres secteurs économiques, contre des décisions des autorités administratives spécifiques à ces secteurs, existant déjà devant la cour d'appel de Bruxelles, organisés par les lois suivantes (liste non exhaustive) : loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et les traitements 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 ; loi du 9 juillet 2004 portant des dispositions diverses dont l'article 2 organise les recours contre l'autorité de régulation économique visée à l'article 1er, 6° de l'arrêté royal du 27 mai 2004 relatif à la transformation de BIAC en société anonyme de droit privé et aux installations aéroportuaires, prises en application du même arrêté ; loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques » (Projet de loi modifiant la loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, la loi du 19 décembre 2006 relative à la sécurité d'exploitation ferroviaire et le Code judiciaire en ce qui concerne le recours contre certaines décisions de l'organe de contrôle et de l'autorité de sécurité, 13 novembre 2009, Exposé des Motifs, doc. Parl. 52 2249/01, p.4-6).
237. Communication COM(2008) 572 final du 25 septembre 2008 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le deuxième réexamen de la portée du service universel dans les réseaux et services de communications électroniques, conformément à l'article 15 de la directive 2002/22/CE.
238. Questionnaire for the public consultation on universal service principles in e-communications, 2 march 2010.
239. Communication COM(2010) 245final du 19 mai 2010 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions (un Agenda digital pour l'Europe). Voir également la Communication COM(2010) 135final du 31 mars 2010 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2010 (le moment d'agir).

240. Communications Committee, Working document, Implementation of the revised Universal Service Directive: internet-related aspects of Article 4, COCOM10-31 REV1, 10 January 2011, p.5.
241. Communication COM(2011)795final du 23 novembre 2011 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport sur les résultats de la consultation publique et du troisième réexamen de la portée du service universel dans les communications électroniques, conformément à l'article 15 de la directive 2002/22/CE.
242. Au passage, sur un sujet connexe, on notera aussi une distorsion entre le libellé nouveau de l'article 6 de la directive 2002/22/CE et son considérant 11. Le dispositif semble laisser le choix entre la mise à disposition de postes téléphoniques publics payants et d'autres points d'accès aux services publics de téléphonie vocale. Dans le considérant, ces éléments semblent cumulatifs.
243. Texte adopté en séance plénière le 31 octobre 2001 « ; » (X) *En matière de télécommunications : a) de porter une attention particulière au service universel et de défendre une conception extensive du service universel ; c) d'actualiser le champ d'application du service universel*, Proposition de résolution relative au service universel dans le cadre de la libéralisation européenne du secteur des services postaux et des télécommunications, Doc. Parl, Chambre, doc 50 1299/006, p. 6).
244. Q. Coppieeters 't Wallant, E. Lievens, R. Queck, D. Stevens et P. Valcke, op. cit., p. 90.
245. Cour de justice (4ème ch.), 19 juin 2008, *République française*, C-220/07, point 33.
246. Aff. C-389/08 et C-222/08, arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2010.
247. Arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 janvier 2011 (arrêt n°7/2011). Les dispositions annulées sont les articles 173, 3° et 4°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV), Mon.b., 8 mai 2007.
248. Mise en demeure du 29 septembre 2011.
249. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.
250. Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, JO L 24 du 30.1.1998, p. 1.
251. 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), JO L 201 du 31.7.2002, p. 37.
252. Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 *sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE*, J.O., 13 avril 2006, L 105, p. 54. Celle-ci a fait l'objet d'un recours en annulation introduit par l'Irlande, qui fut rejeté par la Cour de justice (C.J.U.E., 10 février 2009, *Irlande c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-301/06, J.O., 4 avril 2009, C 82/2).
253. Directive 2002/58/CE 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*, J.O., 31 juillet 2002, L 201, p. 37.
254. F. Dumortier, C. Gayrel, J. Jouret, D. Moreau et Y. Pouillet, « La protection des données dans l'Espace européen de liberté, de sécurité et de justice », J.D.E., février 2010, n° 166, p. 40.
255. E. Kosta et P. Valcke, « La directive relative à la conservation des données de trafic », R.T.D.I., n° 26/2006, p. 315 et s.
256. La Commission européenne a mis la Belgique en demeure en décembre 2011.
257. Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC) Brussels, 18.04. 2011, COM (2011) 225 final.

258. Communication COM(2010) 245 final du 19 mai 2010 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions (un Agenda digital pour l'Europe), p. 18.
259. Il s'agit de petits fichiers de texte transmis du serveur d'un site Internet et placé sur le navigateur de l'utilisateur lorsqu'il visite un site Internet. Cet instrument permet de cerner le profil de navigation de l'utilisateur.
260. « *La question se pose de savoir si une telle obligation est compatible avec le cadre juridique européen en matière de communications électroniques, spécialement les directives européennes adoptées dans la foulée de l'article 95 CE (3), devenu l'article 114 TFUE. S'agissant plus spécialement de protection du consommateur, il y a lieu d'avoir égard non seulement à l'article 95 CE devenu 114 précité, mais également à l'article 153 CE, devenu l'article 169 TFUE. Or, il ressort de la combinaison de ces deux dispositions que, lorsque des mesures prévues en vue de protéger les consommateurs s'intègrent dans des dispositions adoptées dans le cadre de l'article 114 TFUE, les États membres ne sont pas en principe autorisés à adopter eux-mêmes, dans un but de protection des consommateurs, des mesures plus contraignantes que celles prévues au niveau européen. Il ne pourrait en aller autrement qu'à la condition que la mesure adoptée au niveau européen prévoie expressément qu'elle fixe des obligations minimales ou bien à la condition que la mesure européenne laisse une grande marge d'appréciation aux États membres. En l'espèce, en matière de communications électroniques, force est de constater que tel n'est pas le cas. Ainsi, d'une part, la seule disposition de la directive « service universel » qui retient l'attention à cet égard est l'article 1er, paragraphe 4, nouveau qui dispose : « Les dispositions de la présente directive en ce qui concerne les droits des utilisateurs finals s'appliquent sans préjudice de la réglementation communautaire relative à la protection des consommateurs, en particulier les directives 93/13/CEE et 97/7/CE, ni de la réglementation nationale conforme à la législation communautaire ». D'autre part, l'article 6, paragraphe 1, de la directive « autorisation », tel que remplacé par la directive 2009/140/CE, prévoit que « l'autorisation générale s'appliquant à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques peu[...]t être soumis[e] uniquement aux conditions énumérées à l'annexe [...] ». Cette annexe, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE, mentionne expressément en son alinéa 1er qu'en sa partie A, elle « contient la liste exhaustive des conditions pouvant être attachées aux autorisations générales [...] visées à l'article 6, paragraphe 1, et à l'article 11, paragraphe 1, point a), dans les limites autorisées par les articles 5, 6, 7, 8 et 9 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »). S'agissant de la protection des consommateurs, le point 8 de la même annexe mentionne uniquement les « règles et conditions relatives à la protection du consommateur spécifiques au secteur des communications électroniques, conformément à la directive 2002/22/CE (directive « service universel »), et [les] conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive. » (Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de télécommunications, doc. 53/1247/01, Avis du Conseil d'État n°47.626 du 27 janvier 2010, p. 26-27).*
261. « *29. Deuxièmement, comme l'ont souligné le président de l'UKE et le gouvernement polonais, l'interdiction prévue à l'article 57, paragraphe 1, point 1, de la loi sur les télécommunications vise une protection accrue des consommateurs dans leurs relations avec les opérateurs de services de télécommunications. Si, certes, dans l'exercice de leurs tâches, les ARN sont, conformément à l'article 8, paragraphe 4, sous b), de la directive « cadre », tenues de soutenir les intérêts des citoyens de l'Union en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs, il n'en reste pas moins que les directives « cadre » et « service universel » ne prévoient pas une harmonisation complète des aspects relatifs à la protection des consommateurs. En effet, l'article 20 de la directive « service universel », qui se rapporte aux contrats conclus entre les consommateurs et des fournisseurs de services de communications électroniques, énonce qu'il s'applique sans préjudice de la réglementation de l'Union relative à la protection des consommateurs ainsi que de la réglementation nationale en la matière conforme au droit de l'Union. » (arrêt du 11 mars 2010, Telekomunikacja Polska C-522/08, point 29, voir ég. arrêt du 5 mai 2011, Deutsche Telecom AG, C-543/09, point 41).*
262. Directive 2009/136/CE, considérant 47 (extrait) : « *La portabilité du numéro est un élément clé pour faciliter le choix des consommateurs et une réelle concurrence sur des marchés des communications électroniques concurrentiels et elle devrait être mise en oeuvre dans les meilleurs délais, de sorte que le numéro soit activé et opérationnel dans un délai d'un jour ouvrable et que l'utilisateur ne soit pas privé de service pendant plus d'un jour ouvrable.* »

263. Voir annexe de la consultation de l'IBPT du 7 septembre 2010 concernant l'interprétation possible et l'impact de la disposition selon laquelle les numéros doivent être portés dans un délai d'un jour ouvrable et d'autres aspects comme repris à l'article 30.4 de la nouvelle directive service universel: Electronic Communications Committee (ECC) within the European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT), Number portability procedures, draft ECC Report 155.
264. Directive 2009/136/CE, considérant 28 (extraits): « (...) *Compte tenu de l'importance croissante des communications électroniques pour les consommateurs et les entreprises, les utilisateurs devraient, en tout état de cause, être pleinement informés de toute limitation imposée par le fournisseur de service et/ou de réseau quant à l'utilisation de services de communications électroniques. Ces informations devraient préciser, au choix du fournisseur, soit le type de contenu, d'application ou de service concerné, soit des applications ou services déterminés, soit les deux. Selon la technologie utilisée et le type de limitation, ces limitations peuvent être subordonnées à un accord de l'utilisateur en vertu de la directive 2002/58/CE (directive « vie privée et communications électroniques »).* » Et Directive 2009/136/CE, considérant 34 (extraits): « *Le cas échéant, les autorités réglementaires nationales peuvent également imposer des exigences minimales de qualité de service aux entreprises qui fournissent des réseaux de communications publics afin de garantir que les services et applications qui dépendent du réseau présentent une qualité standard minimale, sous réserve d'un examen par la Commission. Les autorités réglementaires nationales devraient être habilitées à agir pour prévenir la dégradation du service, y compris l'obstruction ou le ralentissement du trafic, au détriment des consommateurs. Toutefois, dans la mesure où des mesures correctives disparates peuvent nuire considérablement au fonctionnement du marché intérieur, la Commission devrait évaluer toute disposition envisagée par des autorités réglementaires nationales, en vue d'une éventuelle intervention réglementaire dans l'ensemble de la Communauté et, si nécessaire, faire des observations ou des recommandations afin d'assurer une application cohérente.* ».
265. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des Régions, l'Internet ouvert et la neutralité d'Internet en Europe, Bruxelles, le 19.4.2011 COM(2011)222 final.

