

JURISPRUDENCE

Cour d'arbitrage (n° 132/2004), 14 juillet 2004¹

Note d'observations de Robert QUECK et de Peggy VALCKE,
avec la collaboration de Quentin COPPIETERS 't WALLANT²

COMPÉTENCES DE L'ÉTAT FÉDÉRAL ET DES COMMUNAUTÉS – TÉLÉCOMMUNICATIONS – RADIODIFFUSION – INFRASTRUCTURE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES – RÉGULATEUR – SERVICES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION – SERVICES FOURNIS À LA DEMANDE INDIVIDUELLE – CONVERGENCE – COOPÉRATION ENTRE FÉDÉRAL ET COMMUNAUTÉS

La convergence des secteurs de la radiodiffusion, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, c'est-à-dire en particulier un possible usage commun de certaines infrastructures de transmission, conduit à une «désécialisation» de l'infrastructure et des réseaux et à la création de nouveaux services.

Néanmoins, dans le système de répartition des compétences, la matière de la radiodiffusion (en ce compris la réglementation des aspects techniques de la transmission qui sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion), d'une part, et les autres formes de télécommunications, d'autre part, sont confiées à des législateurs distincts (respectivement les Communautés et le niveau fédéral).

En l'espèce, 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. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences.

La radiodiffusion, qui comprend la télévision, peut être distinguée des autres formes de télécommunications en ce qu'un programme de radiodiffusion diffuse des informations publiques, est destiné, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et n'a pas de caractère confidentiel. Dans une interprétation évolutive de la notion de diffusion, cela inclut également la diffusion sur demande individuelle. Les services qui fournissent une information individualisée, caractérisée par une certaine forme de confidentialité, ne ressortissent par contre pas à la radiodiffusion et relèvent de la compétence du législateur fédéral.

1. Voy. <http://www.arbitrage.be/>; M.B., 30 juillet 2004, 3^e éd, p. 58474.
2. Dr. Peggy VALCKE est chercheuse F.W.O. Vlaanderen à l'I.C.R.I. de la K.U.Leuven et experte au cabinet du ministre flamand des Médias; Robert QUECK et Quentin COPPIETERS 't WALLANT sont respectivement directeur-adjoint du CRID et chercheur au CRID des F.U.N.D.P. à Namur. Les opinions exprimées dans la présente note sont purement personnelles et ne lient aucunement les institutions auxquelles les auteurs appartiennent. Sauf indication contraire, la note reflète la situation au 1^{er} février 2005.

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.

I. Objet du recours et procédure

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 24 juillet 2003 et parvenue au greffe le 25 juillet 2003, le Gouvernement flamand, place des Martyrs 19, 1000 Bruxelles, a introduit un recours en annulation de:

- la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges [...],
- 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 [...],
- la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution [...],
- la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, introduit par le Gouvernement flamand [...]³.

[...]

II. En droit

[...]

B.1.1. Le premier moyen est pris de la violation de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Constitution, de l'article 4, 6^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et, pour autant que nécessaire, du principe de proportionnalité.

B.1.2. Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec le principe de la sécurité juridique et/ou l'article 3, paragraphe 4, l'article 8, paragraphe 1, et l'article 20 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»).

B.1.3. Dès lors que les discriminations alléguées dans le second moyen seraient la conséquence d'une violation des règles qui déterminent les compétences respectives de l'État et des Communautés en matière de télécommunications, les moyens peuvent être traités conjointement.

En ce qui concerne la loi du 17 janvier 2003 «relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges» et de la loi du 17 janvier 2003 «concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges».

B.2.1. Les lois attaquées du 17 janvier 2003 modifient le statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, lequel était réglé antérieurement par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cette loi avait créé, d'une part, des comités consultatifs pour les télécommunications et pour les services pos-

3. Nda: les deux premières ont été publiées au M.B., 24 janvier 2003, 3^e éd., et les deux dernières au M.B., 17 mars 2003, 2^e éd.

taux et, d'autre part, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après : I.B.P.T.).

B.2.2. Par suite des mutations profondes du marché des télécommunications, qui est ouvert à la concurrence depuis 1998, le législateur a considéré que la structure de l'I.B.P.T. n'était plus adaptée à un accomplissement efficace de ses missions. La Belgique avait en outre été critiquée par la Commission européenne en raison de la non-conformité de la législation belge au droit communautaire, à cause du trop grand lien de dépendance existant entre le ministre responsable et le régulateur.

B.2.3. Les lois du 17 janvier 2003 poursuivent un double objectif : d'une part, elles accroissent l'autonomie du régulateur; d'autre part, elles visent à rendre l'I.B.P.T. plus efficace et à lui donner plus de souplesse dans le recrutement de son personnel, afin qu'il puisse mieux s'adapter aux évolutions incessantes du secteur des postes et des télécommunications (*Doc. parl., Chambre, 2001-2002, DOC 50-1937/001, pp. 5-7*).

B.3.1. Le Gouvernement flamand demande l'annulation totale des deux lois du 17 janvier 2003 parce que toutes leurs dispositions seraient indissolublement liées.

Les lois attaquées ne concernent pas seulement le secteur des télécommunications mais aussi celui des postes. En tant que les moyens allégués sont étrangers au secteur des postes, ils ne sauraient conduire à une annulation totale.

B.3.2. Les lois attaquées règlent la composition, la compétence et le fonctionnement des régulateurs des télécommunications; leur compétence est définie partiellement dans la loi et partiellement par référence à la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications et à la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines

entreprises publiques économiques, ainsi qu'à leurs arrêtés d'exécution.

B.3.3. Les griefs du Gouvernement flamand portent sur l'article 2, alinéa 2, de la première loi, qui dispose que les termes utilisés dans la loi ont la même signification que celle qui est donnée dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et dans la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications. A titre d'exemple, le Gouvernement flamand fait référence aux notions de «télécommunications» et «réseaux de télécommunication» telles qu'elles sont définies à l'article 68, 4° et 5°, de la loi du 21 mars 1991. En raison de ces définitions, les lois attaquées seraient également applicables aux réseaux et services de communications électroniques utilisés pour la transmission des signaux de radiodiffusion sonore et télévisuelle, matière qui relèverait de la compétence des Communautés.

B.4.1. La convergence des secteurs de la radiodiffusion sonore et télévisuelle, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, conduit à une «déspecialisation» de l'infrastructure et des réseaux et à la création de nouveaux services ne répondant plus aux définitions classiques de la diffusion et des télécommunications.

Malgré cette évolution, il reste que, dans le système de répartition des compétences, la matière de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et les autres formes de télécommunications, d'autre part, sont confiées à des législateurs distincts.

B.4.2. En vertu de l'article 4, 6°, de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les Communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et de télévision, cependant que le législateur fédéral demeure compétent, sur la base de son pouvoir résiduaire, pour les autres formes de télécommunications.

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. La compétence des Communautés n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission. Elle permet aux Communautés de régler les aspects techniques de la transmission qui sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision. La compétence de régler les autres aspects de l'infrastructure, qui comprennent notamment la police générale des ondes radio-électriques, appartient au législateur fédéral.

Le législateur fédéral et les Communautés peuvent créer, chacun pour ce qui le concerne, des établissements et des entreprises dans les matières qui relèvent de leurs compétences.

B.4.3. Les développements technologiques récents ont pour effet que les matières de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, ne peuvent plus être délimitées à l'aide de critères techniques tels que l'infrastructure sous-jacente, les réseaux ou les terminaux utilisés, mais bien sur la base de critères de contenu et de critères fonctionnels.

B.4.4. Le seul fait que le législateur fasse référence aux notions de «télécommunications» et de «réseaux de télécommunication» telles qu'elles sont définies dans la loi du 21 mars 1991, en vue de déterminer les compétences des régulateurs du secteur des télécommunications, ne permet pas de conclure qu'il a outrepassé sa compétence.

B.5.1. En tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques, l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler cette matière, dès lors que les Communautés peuvent, elles aussi, légiférer en l'espèce sur la base de leurs com-

pétences en matière de radiodiffusion et de télévision.

La convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audio-visuel, 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 pour déterminer les compétences du régulateur.

B.5.2. La Cour observe du reste que les directives européennes du 7 mars 2002 relatives aux réseaux et services de communication électronique disposent qu'en raison de la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, tous les réseaux et services de transmission doivent relever d'un même cadre réglementaire. Au cas où plusieurs autorités réglementaires existent au sein d'un Etat membre, les directives mentionnées imposent aux Etats membres de se charger de la coopération dans les sujets d'intérêt commun (article 3, paragraphe 4, de la directive «cadre»).

B.6.1. Sur la base de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'Etat, les Communautés et les Régions peuvent conclure des accords de coopération qui portent notamment sur la création et la gestion conjointes de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun. Ils disposent en outre d'autres instruments en vue de donner forme à leur coopération.

B.6.2. En règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétences.

Toutefois, en l'espèce, les compétences de l'Etat fédéral et des Communautés en matière d'infrastructure des communi-

tions électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences.

B.7.1. Afin d'éviter l'insécurité juridique qui découlerait de l'annulation et de permettre au régulateur de continuer à exercer ses activités, les effets des dispositions annulées doivent être maintenus, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005.

B.7.2. Il appartient au législateur spécial d'apprécier si, pour régler l'infrastructure des informations électroniques, il y a lieu de prévoir une coopération obligatoire ou s'il s'impose de modifier la répartition des compétences en matière de télécommunications afin de garantir une politique cohérente.

En ce qui concerne la loi du 11 mars 2003 «sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information» et la loi du 11 mars 2003 «sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution»

B.8.1. Les lois attaquées du 11 mars 2003 s'appliquent aux services de la société de l'information, c'est-à-dire, selon l'article 2, 1°: «tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service».

B.8.2. Selon le Gouvernement flamand, cette définition a pour effet que la loi s'applique également à la radiodiffusion et à la télévision, matière qui relève de la compétence de la Communauté.

B.9.1. Les lois attaquées transposent les dispositions de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (article 1^{er}).

B.9.2. Pour définir les «services de la société de l'information», la directive relative au commerce électronique se réfère à la définition qu'en donne l'article 1^{er}, alinéa 2, de la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, modifiée par la Directive 98/48/CE. Cette définition est la suivante: «tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services [à l'exclusion des] services de radiodiffusion sonore [et des] services de radiodiffusion télévisuelle».

B.9.3. Bien que le Conseil d'Etat ait indiqué dans son avis (*Doc. parl., Chambre, 2002-2003, DOC 50-2100/001, p. 83*) qu'il serait préférable que le projet reproduise littéralement cette définition et mentionne l'exception concernant les services de radiodiffusion sonore et télévisuelle, le législateur a considéré que cela n'était pas nécessaire parce que, à son estime, les services de radiodiffusion, de par leur nature, ne pouvaient se rattacher à la définition de «service de la société de l'information», dans la mesure où ils ne sont pas fournis à la demande individuelle d'un destinataire (*Doc. parl., Chambre, 2002-2003, DOC 50-2100/001, p. 16*).

B.10.1. La radiodiffusion, qui comprend la télévision, peut être distinguée des autres formes de télécommunications en ce qu'un programme de radiodiffusion diffuse des informations publiques, est destiné, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de

celui-ci et n'a pas de caractère confidentiel. Les services qui fournissent une information individualisée, caractérisée par une certaine forme de confidentialité, ne ressortissent par contre pas à la radiodiffusion et relèvent de la compétence du législateur fédéral.

B.10.2. La caractéristique essentielle de la radiodiffusion et de la télévision est le fait de fournir des informations publiques à l'ensemble du public. Dans une interprétation évolutive de la notion de diffusion, cela inclut également la diffusion sur demande individuelle. Les activités de diffusion ne perdent pas leur nature au motif que, par suite de l'évolution des techniques, une plus large possibilité de choix est offerte au téléspectateur ou à l'auditeur.

B.11.1. Lorsqu'on délimite les compétences respectives de l'Etat et des Communautés en matière d'informations électroniques, 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.

B.11.2. A la lumière de ce qui précède, l'article 2, 1°, de la loi du 11 mars 2003

«sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information» doit être interprété en ce sens qu'il ne comprend pas les services de radiodiffusion et de télévision tels qu'ils sont définis au B.10.

Sous réserve de cette interprétation, les dispositions attaquées ne violent pas la compétence des Communautés telle qu'elle est définie à l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Par ces motifs,

la Cour

- annule l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 «relative au statut du régulateur du secteur des postes et des télécommunications belges» en tant que sont attribuées à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications des compétences en matière d'infrastructure de transmission électronique, qui est commune à la radiodiffusion et à la télévision, ainsi qu'aux télécommunications;
- maintient les effets de la disposition annulée jusqu'à l'entrée en vigueur de la réglementation prise de commun accord visée au B.7.1 et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005;
- rejette le recours contre la loi du 11 mars 2003 «sur certains aspects juridiques des services de la société d'information», sous la réserve que l'article 2, 1°, doit être interprété comme il est dit au B.11.2;
- rejette le recours pour le surplus.

Note d'observations⁴

L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse?⁵

«And if you're not willing, then I'll use force.»⁶

L'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004 s'inscrit dans une liste, déjà impressionnante, d'arrêts⁷ par lesquels la Cour a été amenée à se prononcer sur la répartition des compétences entre État fédéral et Communautés dans le domaine des technologies de l'information et de la communication. L'arrêt constitue sans aucun doute une pierre angulaire de l'édifice construit depuis 1990 par la Cour d'arbitrage en la matière.

Après avoir placé l'arrêt dans son contexte belge et européen (*infra*, pt 1.), nous nous consacrerons, dans la mesure permise par le format d'une note d'observations, aux deux questions essentielles abordées par l'arrêt. D'une part, la Cour continue son travail de définition du concept de radiodiffusion. Jusqu'en juillet 2004, c'était surtout la délimitation de ce concept par rapport aux télécommunications au sens strict, comme par exemple la téléphonie vocale, qui a occupé la Cour. Dans l'arrêt annoté, les «services de la

société de l'information» se joignent à la partie et sont positionnés par rapport à la radiodiffusion. L'arrêt étend donc le débat à davantage d'éléments de la société de l'information (*infra*, pt 2.).

D'autre part, la Cour a été confrontée au fait que, suite à l'évolution technologique, les compétences des Communautés et de l'État fédéral pour réglementer l'infrastructure des communications électroniques⁸ sont devenues à ce point imbriquées qu'elles ne peuvent plus être régies que par une «réglementation prise de commun accord»⁹. À l'instar de l'arrêt, la note abordera le champ de cette réglementation et les formes qu'elle pourrait prendre (*infra*, pt 3.).

1. Le contexte

1.1. Le cadre constitutionnel belge

Les articles 127 et 130 de la Constitution belge déclarent les matières cul-

4. Les auteurs remercient Boris LIBOIS et David STEVENS ainsi que tous les membres du Forum des communications électroniques (qui s'est penché en sa réunion du 9 décembre 2004 sur l'arrêt de la Cour d'arbitrage ici commenté) pour leurs remarques pertinentes. D'éventuelles erreurs n'incombent qu'aux seuls auteurs.
5. En ce qui concerne l'arrêt n° 132/2004, voy. égal. CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, «Communications électroniques: quelles articulations entre infrastructures et contenus en Belgique fédérale? – Document soumis à consultation publique», 8 novembre 2004, 9 p., http://www.csa.be/Publication/Publications_Liste.asp?Action=ACT; D. STEVENS, «De bevoegdheidverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp (noot onder Arbitragehof 132/2004 – Arbitragehof 155/2004)», A. & M., à paraître.
6. J.W. GOETHE, «Erlkönig», traduction de l'allemand vers l'anglais par H. FLUPPO, <http://german.about.com/library/berlking.htm>. Voy. égal. http://www.lexilogos.com/allemand_goethe.htm.
7. Voy. p. ex. C.A., Table systématique cumulative de la jurisprudence de la Cour, en particulier chapitres V.2 et XI.191, <http://www.arbitrage.be/>. L'arrêt n° 56/2004 du 24 mars 2004 y est relevé; les arrêts nos 132/2004 du 14 juillet 2004 et 155/2004 du 22 septembre 2004 ne le sont pas encore.
8. Dans ce contexte, l'arrêt 132/2004 utilise comme synonymes, nous semble-t-il, les concepts généraux d'«infrastructure des communications électroniques» (consid. B.5.1, al. 1, et B.6.2, al. 2), d'«infrastructure des informations électroniques» (consid. B.7.2) et d'«infrastructure de transmission électronique» (dispositif). Cette infrastructure globale est composée de diverses «infrastructures de transmission» (consid. B.5.1, al. 2), de «réseaux de transmission» (consid. B.5.2), ou encore de «réseaux de communications électroniques» (concept utilisé par la Cour en faisant référence à l'argumentation de la Communauté flamande, consid. B.3.3). Une combinaison de l'acceptation générale et particulière se trouve d'ailleurs au considérant B.4.1, al. 1).
9. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.7.1 et dispositif de l'arrêt.

turelles comme ressortissant à la compétence des Communautés¹⁰. Mettant en œuvre la Constitution, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (ci-après «L.S.R.I.») ainsi que la loi du 23 décembre 1983¹¹ énumèrent, parmi les matières culturelles, la «radiodiffusion et la télévision à l'exception des communications du gouvernement fédéral»¹². Il convient de noter qu'en ce qui concerne la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, la matière ressortit, en tant que matière biculturelle, à la compétence fédérale. Ajoutons que les lois de réformes institutionnelles ne définissent pas le concept de radiodiffusion. Cette définition a été prise en charge par les législateurs communautaires et fédéral mais aussi par le Conseil d'État et surtout la Cour d'arbitrage¹³.

Les Communautés (culturelles) sont depuis 1971 compétentes en matière de radiodiffusion. Ce n'est cependant que depuis les arrêts de la Cour d'arbitrage n^{os} 7/90 (question préjudicielle) et 1/91 (recours en annulation) que

l'on considère que la radiodiffusion a été attribuée aux Communautés dans son ensemble¹⁴. Elle comprend donc, en plus des aspects de contenu (principalement les règles applicables aux organismes et aux programmes de radio et de télévision), les aspects techniques de la radiodiffusion, sous réserve de la police générale des ondes¹⁵ qui reste de la compétence de l'État fédéral. La compétence pour les aspects techniques signifie la compétence pour la transmission en elle-même, c'est-à-dire l'établissement et l'exploitation des réseaux de radiodiffusion (y compris l'assignation des fréquences).

Par l'inclusion des aspects techniques dans la compétence des Communautés en matière de radiodiffusion, la «Cour d'arbitrage a voulu éviter... que l'autorité fédérale ne développe indirectement une politique médiatique par le biais des licences techniques»¹⁶, empiétant ainsi sur la politique des Communautés en la matière. Elle aurait pu empiéter notamment par le biais des autorisations nécessaires pour établir et

10. Sur la répartition des compétences en matière de radiodiffusion et de télécommunications, voy. J. BAERT, *Media*, coll. De bevoegdheidsverdeling in het federale België (G. van HAEGENDOREN et B. SEUTIN éd.), n^o 5, Brugge, die Keure, 2000, 167 p.; L. MOURLON BEERNAERT, «La convergence des technologies de l'information et de la communication et la répartition des compétences en matière de télécommunications au sens large», *Rev. Ubiquité*, n^o 5, 2000, pp. 69-98; Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, «Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques – Enjeux pour la Belgique fédérale», *A. & M.*, 2002, pp. 257-272.
11. Voy. l'art. 4.6 de loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (M.B., 15 août 1980) et l'art. 4 § 1^{er}, de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983 (M.B., 18 janvier 1984).
12. Selon le C.E., le terme «télévision» n'ajoute aucun sens additionnel au concept «radiodiffusion», qui comprend déjà les émissions aussi bien de son que d'images; le législateur n'a ajouté «et télévision» que pour des raisons de langage courant (Projet de loi relatif aux radiocommunications, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. Repr., S.E. 1979, n^o 201/1, p. 4, voy. à cet égard S. BAZZANELLA, Ph. GÉRARD, *Télécommunications et audiovisuel: convergence de vues?*, Bruges, La Charte, 1997, p. 82). De plus, la compétence en matière de radiodiffusion inclut celle en matière de radio- et télédistribution (Proposition de décret relatif aux émissions de radiodiffusion sonore et télévisuelle diffusées par voie du câble, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Cons. Comm. fr., sess. 1982-1983, n^o 108/2, pp. 2-3 et Projet de loi relative aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1984-1985, n^o 1222/1, p. 13).
13. Sur la définition du concept de radiodiffusion, voy. spéc. F. JONGEN, «Répartition des compétences et radiodiffusion: et un, et deux, et trois zéros?», note sous C.A., 6 novembre 2002, n^o 156/2002, *A. & M.*, 2003, pp. 127-129; P. VALCKE et C. UYTENDAELE, «De kwalificatie van interactieve informatiediensten als omroep: loopt het Belgische Arbitragehof voor op Europa?», note sous C.A., 6 novembre 2002, n^o 156/2002, *Mediaforum*, 2003/3, pp. 114-116.
14. C.A., 25 janvier 1990, n^o 7/90, consid. 2.B.3; C.A., 7 février 1991, n^o 1/91, consid. B.5.
15. Selon la Cour d'arbitrage, la police générale des ondes radioélectriques «inclut la compétence d'élaborer les normes techniques relatives, et à l'attribution des fréquences, et à la puissance des émetteurs qui doivent rester communes pour l'ensemble des radiocommunications quelle que soit leur destination, ainsi que la compétence d'organiser un contrôle technique et d'assurer par la voie répressive le respect desdites normes...» (C.A., 7 février 1991, n^o 1/91, consid. B.5).
16. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, «Évaluation du fonctionnement des nouvelles structures fédérales», rapport fait au nom de la commission des Affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n^o 1-1333/1 du 30 mars 1999, p. 460. De même: C. UYTENDAELE, *Openbare Informatie – Het juridisch statuut in een convergerend media-omgeving*, Antwerpen, Maklu, 2002, p. 60.

faire fonctionner un réseau de radiodiffusion ainsi que par l'adoption de normes techniques qui dépassent la police générale des ondes. Or, une intervention du législateur fédéral n'était pas souhaitée et ne paraissait pas rationnelle¹⁷ (sauf en ce qui concerne la coordination nécessairement nationale de l'attribution des fréquences et de la puissance des émetteurs) par rapport à des réseaux de radiodiffusion et distribution qui pouvaient de toute façon être seulement utilisés pour des services de radiodiffusion et non pas pour d'autres services de télécommunications comme la téléphonie vocale. En d'autres termes, ces réseaux étaient techniquement spécialisés. Depuis 1990-1991, le système de la double autorisation en matière de radiodiffusion a par conséquent été abandonné. Ce système comprenait, d'une part, une autorisation dite «culturelle», émanant de l'Exécutif de la Communauté concernée, et, d'autre part, une autorisation «technique», délivrée à l'époque par le ministre fédéral ayant les télégraphes et téléphones dans ses attributions¹⁸.

Les Communautés (et l'État fédéral pour la Région bilingue de Bruxelles-Capitale) sont donc compétentes pour les réseaux et services de radiodiffusion. L'État fédéral reste par ailleurs compétent pour l'ensemble des réseaux et services de télécommunications, comme par exemple ceux de téléphonie vocale, qui ne sont pas qualifiés de radiodiffusion. En effet, l'article 35 de la Constitution attribue une compétence résiduaire à l'État fédéral tant qu'il n'y aura pas de loi spéciale listant des compétences fédérales exclusives¹⁹.

Le système belge de répartition des compétences est ainsi actuellement un système de spécialisation juridique (et par conséquent d'étanchéité et de non-recouvrement des compétences) qui se fonde sur une idée de spécialisation technique des infrastructures. Ce dernier principe signifie qu'une certaine infrastructure de transmission est censée ne pouvoir être utilisée que pour un type déterminé de services – radiodiffusion ou télécommunications (et est par conséquent réglementée par le pouvoir compétent pour ces services).

Or, la convergence technologique entre les secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information, intervenue ces dernières années, a entraîné une déspecialisation technique des infrastructures: des services divers peuvent désormais être offerts sur ces infrastructures. Par conséquent, «nombre de réseaux de télévision par câbles sont utilisés aujourd'hui pour véhiculer de la téléphonie ou de l'internet rapide; dans le même temps, les lignes téléphoniques traditionnelles peuvent... véhiculer des programmes de radio et de télévision»²⁰. Comme une même infrastructure particulière, un câble, un fil... est *a priori* neutre, plusieurs législateurs et plusieurs régulateurs peuvent donc être compétents à son égard, selon les services (de radiodiffusion ou de télécommunication) mis en œuvre au moyen de cette infrastructure.

Le système du «chacun pour soi dans son domaine spécifique» n'est donc dans les faits plus tenable. Pour le dire comme la Cour d'arbitrage, «les compétences de l'État fédéral et des

17. D. STEVENS, *op. cit.*, p. 1.

18. Voy. L. MOURLON BEERNAERT, *op. cit.*, p. 73; P. VALCKE et C. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 114.

19. Notons qu'en ce qui concerne les services de la société de l'information au sens européen, qui ne sont pas des services de radiodiffusion au sens belge (voy. *infra*), ces derniers sont de la compétence du législateur fédéral «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» (C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.11.1).

20. F. JONGEN, *op. cit.*, p. 127. Voy. égal. Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, *op. cit.*, pp. 261-262; L. MOURLON BEERNAERT, *op. cit.*, p. 96.

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»²¹.

1.2. Le cadre réglementaire européen pour les communications électroniques et sa transposition en Belgique

La convergence technologique a été prise en compte par l'Union européenne quand cette dernière s'est dotée en 2002 d'un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques²². Le nouveau cadre entend constituer une réglementation horizontale qui s'applique à l'ensemble des réseaux de transmission²³ et qui de ce fait est technologiquement neutre. Il couvre par conséquent la globalité des réseaux de communications électroniques. Ce dernier concept vise tous les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par des moyens électromagnétiques, par exemple les réseaux de télécommunications fixes et mobiles ainsi

que les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore ou télévisuelle, quel que soit le type d'information transmise²⁴.

Le cadre européen entend séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus. Il ne vise donc pas le contenu qui est transporté sur les réseaux de communications électroniques, comme des programmes de radiodiffusion ou la fourniture de contenu sur Internet. Néanmoins, reconnaissant les liens qui existent inévitablement entre contenu et contenant (c'est-à-dire transmission) et donc entre leurs réglementations, les nouvelles directives permettent et prévoient que certaines obligations soient imposées aux fournisseurs de réseaux et services pour atteindre des objectifs liés au contenu²⁵. Ces obligations visent principalement les autorisations d'entrée sur le marché (p. ex. des restrictions concernant la transmission de contenus illégaux) et l'octroi de fréquences (p. ex. la réservation de certaines fréquences pour la transmission de certains contenus), les systèmes d'accès conditionnel (CAS), l'accès aux interfaces de programmes d'application (API) et aux guides électroniques de programmes (EPG) et les obligations de diffuser (*must-carry*)²⁶.

21. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.6.2, al. 2.
22. Voy. not. A. de STREEL et R. QUECK, «Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe», *J.T.D.E.*, 2003, pp. 193-202; L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet – EU Competition Law and Regulation*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2003, 675 p.; P. NIHOUL et P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 802 p.
23. Art. 1^{er} et consid. n° 5 de la Dir. 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33.
24. Voy. art. 2, a, de la directive «cadre». Voy. égal. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.5.2. Pour les mesures qui constituent le nouveau cadre réglementaire européen (directive «autorisation»), voy. http://europa.eu.int/information_society/topics/ecom/useful_information/library/legislation/index_en.htm.
25. Directive «cadre», consid. n° 5. Voy. aussi l'article 5.2 et annexe, B.1 de la Dir. 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24 avril 2002, p. 21.
26. «Open Network Provision Committee, The 2003 regulatory framework for electronic communications – Implications for broadcasting», Working Document, 14 juillet 2004, p. 2, disponible sur http://europa.eu.int/information_society/topics/ecom/useful_information/library/commiss_serv_doc/index_en.htm. En ce qui concerne les autorisations d'entrée, notons que le nouveau cadre réglementaire européen (directive «autorisation») ne prévoit plus des autorisations ou licences individuelles qui sont accordées par une décision explicite du régulateur, mais une autorisation générale et abstraite qui constitue un cadre juridique général fixant les droits et obligations des fournisseurs de réseaux et services. En ce qui concerne par contre les fréquences, l'État peut imposer à un opérateur qui souhaite en disposer, d'obtenir des droits individuels d'utilisation pour cette ressource.

Pour l'essentiel, le cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques aurait dû être transposé en Belgique au plus tard le 24 juillet 2003²⁷ et ce, aussi bien par les Communautés que par le législateur fédéral²⁸. Les dispositions du nouveau cadre réglementaire européen ne préjugent pas des répartitions de compétences internes à un État membre. Juridiquement, elles n'exigent sans doute pas non plus, à strictement parler, la mise en place d'un cadre réglementaire unique. Cependant, même si, à l'intérieur d'un État membre, plusieurs pouvoirs sont appelés à transposer, chacun pour ce qui le concerne, les règles relatives aux réseaux et aux services de communications électroniques, les soucis de cohérence, de non-discrimination et de neutralité technologique qui sont au cœur des réformes européennes impliquent que les dispositions issues de la transposition soient semblables. Ceci sous réserve des champs de compétence respectifs et de l'inévitable marge de manœuvre inhérente à la transposition de directives. La directive «cadre» précise d'ailleurs que la convergence technologique implique que les réseaux et services de transmission soient couverts par «un même cadre réglementaire»²⁹.

Les Communautés française et flamande ont adopté des mesures de trans-

position³⁰. Deux projets de lois fédéraux en matière de communications électroniques sont actuellement en discussion à la Chambre³¹. L'on peut aussi mentionner dans ce contexte les lois du 17 janvier 2003 qui faisaient l'objet de l'arrêt n° 132/2004 de la Cour d'arbitrage. À son tour, la Communauté germanophone a préparé un projet de décret sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques³² qui vise notamment la transposition du cadre réglementaire européen des communications électroniques. À son égard, la section de législation du Conseil d'État a cependant, dans un avis émis le 28 septembre 2004, et donc après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004, exposé que «gelet op het standpunt van het Arbitragehof, dient aangenomen te worden dat die bepalingen (*i.e. les dispositions concernant aussi bien les réseaux de communications électroniques – articles 42 à 85 –, que le régulateur – articles 89 à 109*) in de huidige stand van de bevoegdheidsverdeling niet eenzijdig vastgesteld kunnen worden door de Duitstalige Gemeenschap, maar dat ze integendeel het resultaat moeten zijn van een samenwerking tussen de Gemeenschap en de federale overheid. Wat die bepalingen betreft, moet thans dus besloten worden tot de onbevoegdheid van de Duitstalige Gemeenschap»³³ (voy. infra).

27. La Commission européenne a d'ailleurs introduit les 8 juin (aff. C-240/04) et 2 septembre 2004 (aff. C-376/04) des recours à la Cour de justice contre la Belgique pour non-transposition. Dans la première affaire, la Cour a déjà condamné la Belgique le 10 mars 2005 pour non-transposition notamment des directives «cadre» et «autorisation». La deuxième affaire, relative aux mesures concernant le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques, est toujours pendante.
28. Voy. Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, *op. cit.*, pp. 265-272; D. STEVENS, C. UYTENDAELE et P. VALCKE (avec la collab. de R. QUECK), «De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwintet of kakofonie?», *Computerr.*, 2003/1, pp. 44-61; C. UYTENDAELE, «Nieuw Europees regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten. Omzetting door de Gemeenschappen», in *Mediarecht. Telecommunicatie en telematica*, Mechelen, Kluwer, livr. 19, 2002.
29. Consid. n° 5.
30. Décr. Comm. fr. du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *M.B.*, 17 avril 2003, 2^e éd.; Décr. Comm. fl. du 7 mai 2004 modifiant certaines dispositions des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, et certaines autres dispositions relatives à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 9 août 2004.
31. Projet de loi relatif aux communications électroniques et Projet de loi relatif à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, respectivement n°s 1425/1 et 1426/1, adoptés en Commission de l'Infrastructure, des Communications et des Entreprises publiques de la Chambre le 23 mars 2005.
32. Voy. <http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/cl/ecomlaw.php#d>.
33. Projet de décret de la Communauté germanophone sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, Avis du C.E., n° 37.660/3 du 28 septembre 2004, non encore publié, p. 6.

De manière générale, par rapport aux lois du 17 janvier 2003, au décret de la Communauté française et aux projets fédéraux en matière de communications électroniques, le Conseil d'État a énoncé que «d'une manière générale, à la suite de la convergence technologique entre les télécommunications et l'audiovisuel, convergence que la réglementation européenne a... dûment prise en compte, il n'est plus concevable que l'État fédéral, compétent pour les télécommunications d'une part, et les Communautés, compétentes pour la radiodiffusion et la télévision, en ce compris leurs 'aspects techniques', d'autre part, puissent prendre chacun séparément les mesures tendant à réglementer le marché unifié des réseaux et des services de communications électroniques»³⁴. Et au Conseil d'État de réclamer ensuite, à défaut d'une modification de la répartition des compétences par le législateur spécial, la conclusion d'un accord de coopération tel que prévu à l'article 92bis de la L.S.R.I.³⁵ (voy. *infra*).

1.3. Conclusion préliminaire et place de l'arrêt n° 132/2004

L'attribution de la compétence de réglementer les aspects techniques³⁶ des réseaux utilisés pour la transmission de signaux par voies électromagnétiques

à des niveaux de compétence différents et le principe de la spécialisation juridique des infrastructures se sont donc heurtés à l'évolution technologique de la déspecialisation technique des infrastructures.

L'autre pilier du système de répartition des compétences en matière de télécommunications (prises dans un sens très large), le concept même de radiodiffusion qui est LE critère de répartition des compétences, a de son côté également été confronté au progrès technique. Depuis quelques années, la question se pose de savoir si à côté des programmes de radio et de télévision «classiques», des nouveaux services, comme par exemple des services à la demande du genre de la «vidéo à la demande»³⁷ ou la distribution de programmes de radio par Internet (le «streaming»), font partie du concept constitutionnel de «radio-diffusion».

Dans son arrêt n° 132/2004, la Cour d'arbitrage s'est penchée sur les deux questions³⁸. La question de la définition de la radiodiffusion a été abordée dans le contexte des lois sur les services de la société de l'information (*infra*, pt 2.). La question de la déspecialisation (technique) des infrastructures a été abordée par rapport aux lois organisant l'Institut belge des services postaux et des télécommunications

34. Respectivement: Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 1937/1, pp. 56-57; Projet de décret sur la radiodiffusion, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Cons. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 357/1, p. 141; Projet de loi relatif aux communications électroniques et Projet de loi relatif à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, nos 1425/1 et 1426/1, p. 214.

35. Dans son avis concernant les projets de loi relatifs aux communications électroniques précités, le C.E. ajoute que «la nécessaire coordination des fréquences radioélectriques, compte tenu des règles de répartition des compétences en vigueur, ne peut être réalisée que par un accord de coopération» (p. 221).

36. Et rappelée, en ce qui concerne la compétence des Communautés pour réglementer les aspects techniques de la radiodiffusion, par C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.4.2.

37. Avec F. JONGÉN (*op. cit.*, p. 129), notons quand même que si la vidéo à la demande est souvent citée comme évolution technologique, le débat s'apparente peut-être aux discussions sur le sexe des anges vu qu'actuellement en Belgique aucun vraie offre existe. En effet, le service récemment mis en place par Be TV (<http://www.betv.be>) semble plutôt relever de la Near Video on Demand étant donné qu'il est offert en boucle. À cet égard, mentionnons qu'au niveau de la Communauté française, la différence est faite entre «service à la séance» et «service à la demande». Le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA a déjà délivré une autorisation pour les premiers, justement à la S.A. Be TV (déc. n° 14/2004 du 15 décembre 2004, M.B., 9 février 2005, 3^e éd.), alors qu'il n'y a pas encore eu d'autorisation de «service à la demande».

38. Voy. consid. B.4.1.

(I.B.P.T.) (*infra*, pt 3.). À cet égard, la Cour a annulé l'article 14 de la loi «statut IBPT»³⁹ qui énonce de manière générale les compétences de l'IBPT (alors que les compétences plus spécifiques seront reprises dans les lois relatives aux communications électroniques). Il s'agit là d'un article clé, dont l'annulation, même si elle a été modulée pour des raisons de sécurité juridique⁴⁰, touche au plus vif le régulateur fédéral. Force est de constater que, si les compétences de l'IBPT en matière des postes ne sont pas concernées⁴¹, pour le reste, l'annulation de l'article est totale sur le plan de l'infrastructure de transmission électrique, en ce sens qu'elle n'est pas limitée aux seuls aspects de radiodiffusion, comme cela avait encore été le cas pour les dispositions de la loi du 30 juillet 1979⁴² relative aux radiocommunications annulées par l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 1/91, qui avaient été maintenues pour les radiocommunications autres que la radiodiffusion. Cette annulation «totale» s'inscrit parfaitement dans le raisonnement de la Cour selon lequel les compétences de l'État fédéral et des Communautés sont inextricablement liées⁴³.

2. La définition du concept de «radiodiffusion»⁴⁴

Face à la convergence, la Cour d'arbitrage a progressivement affiné la définition de la radiodiffusion. Dans ses arrêts n°s 76/98, 109/2000 et 156/2002⁴⁵, elle a changé et élaboré ses critères, et elle semble maintenant être arrivée au stade d'une relative consolida-

tion. Ainsi, l'arrêt n° 132/2004 confirme pour l'essentiel la position adoptée en 2002 et est à son tour repris quasi textuellement par l'arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004.

«La radiodiffusion, qui comprend la télévision, peut être distinguée des autres formes de télécommunications en ce qu'un programme de radiodiffusion diffuse des informations publiques, est destiné, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et n'a pas de caractère confidentiel. Les services qui fournissent une information individualisée, caractérisée par une certaine forme de confidentialité, ne ressortissent par contre pas à la radiodiffusion et relèvent de la compétence du législateur fédéral» (qu'il s'agisse de services de télécommunications ou de services de la société de l'information – voy. *infra*). «La caractéristique essentielle de la radiodiffusion et de la télévision est le fait de fournir des informations publiques à l'ensemble du public. Dans une interprétation évolutive de la notion de diffusion, cela inclut également la diffusion sur demande individuelle»⁴⁶.

Comme matière culturelle⁴⁷, la caractéristique essentielle de la radiodiffusion est donc que celui qui la met en œuvre entend fournir des informations publiques à une multitude de gens. C'est cette mission culturelle qui importe, de sorte que l'activité est qualifiée par un critère de contenu, fonctionnel, et non plus par un critère technique comme les infrastructures sous-jacentes ou la manière selon laquelle la diffusion

39. L. 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, précitée.
 40. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.7.1. Rappelons que les effets de la disposition annulée sont maintenus au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005 (Consid. B.7.1 et dispositif).
 41. *Ibid.*, consid. B.3.1.
 42. M.B., 30 août 1979.
 43. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.6.2, al. 2.
 44. À cet égard, voy. F. JONGEN, *op. cit.*; P. VALCKE et C. UYTENDAELE, *op. cit.*; CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, *op. cit.*, pp. 7-8; D. STEVENS, *op. cit.*, p. 6.
 45. Datant respectivement des 24 juin 1998, 31 octobre 2000 et 6 novembre 2002.
 46. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.10.1-2; C.A., 22 septembre 2004, n° 155/2004, consid. B.4.1-2.
 47. Voy. C.A., n° 132/2004, consid. B.4.2, al. 2.

est techniquement réalisée (de point à point ou de point à multipoint)⁴⁸. La qualification est donc technologiquement neutre. Des contenus livrés suite à une demande individuelle peuvent être inclus dans la définition de la radiodiffusion, si, dans le chef de celui qui les diffuse, ils sont en fait destinés au public ou à une partie de celui-ci. Il faut y ajouter la question de savoir si, pour ne pas rentrer dans la catégorie de service de radiodiffusion, les caractéristiques d'information individualisée et d'une certaine confidentialité doivent être présentes cumulativement ou non. La formulation du considérant B.10.1 de l'arrêt n° 132/2004 paraît trancher pour l'affirmative⁴⁹. Par contre, ce que recouvrent en pratique les concepts d'«information publique»⁵⁰ et de «certaine confidentialité» suscitera probablement encore des débats. Un autre problème déjà soulevé auparavant⁵¹ ne paraît pas encore résolu: la définition de la Cour se base sur le concept de «programme» qui, à son tour, reste flou.

Dans les arrêts antérieurs à 2004,

définir la radiodiffusion servait à délimiter celle-ci par rapport aux services de télécommunications relevant de la compétence du législateur fédéral. L'arrêt n° 132/2004 procède maintenant à un tel positionnement aussi par rapport aux «services de la société de l'information».

Rappelons dans ce contexte que selon l'arrêt n° 109/2000 de la Cour d'arbitrage, une définition européenne ne saurait «être invoquée *a priori* de façon déterminante en vue de délimiter les compétences attribuées respectivement à l'État fédéral et aux Communautés par la Constitution ou en vertu de celle-ci»⁵². Nous constatons en effet que la définition européenne des services de la société de l'information⁵³ concerne explicitement des services fournis à la demande individuelle et exclut justement à ce titre les services de radiodiffusion comme «n'étant pas à la demande individuelle». Selon l'interprétation de la Cour d'arbitrage cependant, le concept de radiodiffusion embrasse aussi des services à la demande. Des services de radiodiffu-

48. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.10.1-2; C.A., 22 septembre 2004, n° 155/2004, consid. B.4.1-2. Voy. par contre l'importance donnée à ce critère dans les Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano du 10 mars 2005 dans l'affaire C-89/04, *Mediakabel* (en particulier consid. 42, 45, 50, 51 et 61). Sur ce point voy. P. VALCKE, «Television broadcasting or information society service: can the ECJ learn something from a small but complex country as Belgium?», April 3, 2005, <<http://www.ofcomwatch.co.uk/2005/04/television-broadcasting-or-information>>. Ajoutons que le considérant 19 des conclusions donne une explication des concepts de «pay-TV», «pay-per-view», «near video-on-demand» et «video-on-demand».
49. La question avait été soulevée par F. JONGEN (op. cit., p. 129). La formulation du consid. B.10.1 de l'arrêt n° 132/2004 nous paraît claire: «... et n'a pas de caractère confidentiel. Les services qui fournissent une information individualisée, caractérisée par une certaine forme de confidentialité...».
50. Sur le concept de information publique (sa description et son statut juridique), voy. extensivement C. UYTENDAELE, *Het juridisch statuut van openbare informatie in een convergerend mediaomgeving*, op. cit., pp. 34 et s.
51. P. VALCKE et C. UYTENDAELE, op. cit., p. 116.
52. C.A., 31 octobre 2000, n° 109/2000, consid. B.5.3.2. (et aussi B.4.1). Voy. F. JONGEN, op. cit., p. 128.
53. Voy. C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, consid. B.9.2; C.A., 22 septembre 2004, n° 155/2004, consid. B.3.2 et Dir. 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, J.O.C.E., n° L 204/37 du 21 juillet 1998, art. 1.2 et annexe V. En les délimitant par rapport aux services de la société de l'information, cette directive utilise plus précisément les concepts de «services de radiodiffusion sonore» et de «services de radiodiffusion télévisuelle». Pour la définition de ces derniers, la Dir. 98/34/CE renvoie à l'art. 1^{er}, point a), de la directive «télévision sans frontières», selon lequel la «radiodiffusion télévisuelle» est «l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public... Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations...» (Dir. 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, J.O.C.E., n° L 298/23 du 17 octobre 1989). D'ailleurs, sur la relation et la différence entre «services de la société de l'information» et «services de communications électroniques», voy. le consid. n° 10 de la directive «cadre».

sion (à la demande) au sens belge peuvent donc bel et bien constituer des services de la société de l'information au sens européen (p. ex. la vidéo à la demande), ne constituant donc pas des services de radiodiffusion au sens européen.

En procédant par interprétation conforme, la Cour n'annule pas les lois du 11 mars 2003 concernant les services de la société de l'information. Elle dispose que la définition des services de la société de l'information doit être interprétée en ce sens qu'elle «ne comprend pas les services de radiodiffusion et de télévision tels qu'ils sont définis au B.10»⁵⁴. Par conséquent, les services de la société de l'information (au sens européen) qui constituent des services de radiodiffusion (au sens belge) sont exclus du champ de la loi fédérale et tombent sous la compétence des Communautés. L'avenir devra davantage clarifier quels services, en plus de la vidéo à la demande, tombent en pratique vraiment dans cette catégorie. Il apparaît cependant dès à présent qu'à propos de ces services, les Communautés devraient de leur côté réfléchir à

une transposition de la «directive sur le commerce électronique»⁵⁵ ou ont déjà commencé à le faire⁵⁶. À cet égard, une circonscription davantage précise du champ exact des «autres aspects des services de la société de l'information» qui, selon la Cour, et par opposition aux matières culturelles, sont de la compétence du législateur fédéral⁵⁷, serait sans doute utile.

Ajoutons qu'une révision de la directive «télévision sans frontières» «afin de prendre en compte les développements technologiques et les changements intervenus dans la structure du marché de l'audiovisuel»⁵⁸ est en cours. Dans ce contexte, la définition de la radiodiffusion télévisuelle est mise à l'épreuve, notamment par rapport à l'exclusion des services fournis à la demande individuelle d'un destinataire⁵⁹. De manière générale, à moyen terme, la relation entre les concepts de «services de la société de l'information» et «services de radiodiffusion» devrait être revue, ainsi que celle entre les directives «télévision sans frontières» et «commerce électronique»⁶⁰.

54. C.A., n° 132/2004, consid. B.11.2.

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

56. Voy. p. ex. dans la Communauté flamande les art. 38*quaterdecies* et s. des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995 (*M.B.*, 30 mai 1995), comme insérés par le décret du 7 mai 2004, précité, et introduisant – en faisant référence à la «directive sur le commerce électronique» – la catégorie des «services de radio» (notons que ces «services de radio» sont créés par analogie avec les «services télévisés» pour lesquels une réglementation était déjà élaborée en 1996 – réglementation que le décret du 7 mai 2004 a modifiée quelque peu et intégrée dans les décrets coordonnés). Pour un commentaire des modifications apportées par le décret du 7 mai 2004, voy. P. VALCKE, «Nieuwe regels voor omroeptransmissie in Vlaanderen: het "Telecomdecreet" van 7 mei 2004 in vogelvlucht», *A. & M.*, 2004, pp. 305-310.

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

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

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

60. «L'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel», Communication de la Commission du 15 décembre 2003, COM(2003) 784, pp. 15-16. Voy. égal. les discours de V. REDING, Membre de la Commission européenne, «Business without frontiers: Europe's new broadcasting landscape», European Media Leaders Summit 2004, London, 7 December 2004, SPEECH/04/518 et «Challenges ahead for the European Commissioner for Convergence», European Cable Communication Association Conference, Brussels, 18 January 2005, SPEECH/05/18.

3. La mise en œuvre des compétences en matière des aspects techniques et de transmission face à la convergence et la déspecialisation technique des infrastructures: une «réglementation prise de commun accord»

En principe, l'absence de coopération, lorsqu'elle n'est pas imposée par le législateur spécial, ne constitue pas une violation des règles de compétence. Ceci est explicitement souligné par la Cour d'arbitrage (consid. B.6.2.). Néanmoins, la Cour y a tout de même estimé 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» (nous soulignons). Par conséquent, elle a annulé l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 «relative au statut du régulateur du secteur des postes et des télécommunications belges», mais a maintenu les effets de cette disposition jusqu'à l'entrée en vigueur «d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005» (consid. B.7.1.)⁶¹ (nous soulignons).

Reste à savoir, *primo*, à quelle forme de coopération la Cour d'arbitrage se réfère et, *secundo*, quelle doit être la portée d'une telle coopération. Les questions soulevées concernent notamment: les autorités fédérale et communautaires doivent-elles désormais élaborer des textes communs lors

de la détermination des compétences de leurs régulateurs? Ou suffirait-il d'un protocole d'accord des autorités fédérale et communautaires?

Avant de faire une analyse plus approfondie de l'arrêt de la Cour d'arbitrage sur ces sujets, il convient brièvement de passer en revue les techniques de coopération qui sont en principe possibles.

3.1. Différentes formes de coopération

3.1.1. En général

L'article 6 L.S.R.I. cite explicitement un certain nombre de formes de coopération. C'est ainsi que dans certains cas, les autorités concernées (en l'occurrence régionales) sont obligées de «se concerter» entre elles ou avec l'autorité fédérale⁶² ou doivent à leur tour être «associé[e]s» à certaines réglementations fédérales⁶³; dans d'autres cas, leurs décisions doivent être «soumise[s] à l'accord» d'une autre autorité⁶⁴, ou encore elles doivent «informer» d'autres autorités⁶⁵.

La doctrine a tenté d'ébaucher une vue d'ensemble et une classification des différentes procédures de concertation ou coopération, étant donné que le législateur (spécial) a omis de fournir une description précise de ces concepts.

Dans l'ouvrage de Roger Moerenhout et Jan Smets⁶⁶, nous retrouvons la classification suivante, en fonction du degré de coopération recherché:

61. Remarquons que le texte néerlandais parle de «een in gemeenschappelijk overleg tot stand gekomen regeling», ce qui semble une formulation moins forte: tandis que «overleg» fait plutôt référence à une implication mutuelle sans être obligé à se mettre vraiment d'accord à la fin, un «commun accord» semble exiger un résultat concret, notamment un réel accord de toutes les autorités concernées. Nous revenons sur les différentes formes de coopération plus bas.
62. Voy. p. ex. art. 6, § 2, L.S.R.I.
63. Voy. p. ex. art. 6, § 4, L.S.R.I.
64. Voy. p. ex. art. 6, § 1^{er}, VI, al. 2, 1^o, L.S.R.I.
65. Voy. p. ex. art. 6, § 6, L.S.R.I.
66. R. MOERENHOUT et J. SMETS, *De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, pp. 42 et s.

1. la fourniture d'informations;
2. l'obtention d'un avis préalable (non contraignant);
3. l'association d'autres autorités à la décision et la concertation;
4. la soumission à accord (contraignant)⁶⁷.

A côté de ces formes «classiques» de coopération⁶⁸, il faut encore mentionner la représentation d'autres autorités dans ses propres institutions⁶⁹ et la conclusion d'accords administratifs⁷⁰, de protocoles⁷¹ ou d'accords de coopération⁷².

3.1.2. En particulier: l'accord de coopération

À première vue, l'instrument le plus approprié pour collaborer semble être l'accord de coopération. Celui-ci est explicitement prévu dans l'article 92bis, § 1^{er}, L.S.R.I. (inséré par la loi spéciale du 8 août 1988), qui constitue le cadre général pour la coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions. Nous lui consacrerons dès lors un peu plus d'attention ci-dessous. C'est d'ailleurs à cet instrument que les parties au litige soumis à la Cour ainsi que cette dernière ont fait explicitement référence⁷³.

L'article 92bis, § 1^{er}, L.S.R.I. confère à l'État, aux Communautés et aux Régions le pouvoir de conclure des accords de coopération dans les matières qui relèvent de leurs compétences respectives. L'exercice commun de compétences peut être particulièrement indiqué dans les domaines où les compétences sont séparées mais dont les matières ou parties de matières attribuées aux différentes autorités présentent entre elles des liens étroits⁷⁴.

C'est d'autant plus vrai lorsque les compétences respectives sont «inextricablement imbriquées»⁷⁵. En ce sens, le Conseil d'État a estimé qu'il semble particulièrement souhaitable de conclure des accords de coopération dans les matières pour lesquelles la répartition des compétences est particulièrement complexe et au regard desquelles les différentes autorités désirent uniformiser la réglementation⁷⁶.

Remarquons d'emblée qu'un accord de coopération *ne peut* avoir pour objet d'éclaircir les zones grises dans la répartition des compétences ou de se *défaire de ses compétences*, mais bien de régler l'exercice commun de compétences propres aux parties à l'accord⁷⁷.

67. Ce qui signifie que la décision d'une autorité dépend de l'approbation d'une autre autorité – ou autrement dit: la dernière autorité a la possibilité d'opposer son veto aux mesures prévues par la première autorité. Cette forme de coopération divise alors le pouvoir de décision (en citant le Vice-Premier Ministre de l'époque, Jean Gol, «une véritable codécision, les deux pouvoirs en étant les coauteurs» ou encore «un consensus»; *Ann. parl., Sén.*, séance du 27 avril 1983, n° 1815 et rapport HERMAN-MICHELSENS-LALLEMAND, *Doc. parl., Sén.*, sess. 1982-1983, n° 246/2, p. 95; voy. aussi le rapport COOREMAN-GOOSSENS, *Doc. parl., Sén.*, S.E. 1979, n° 261/2, p. 137).

68. Selon la terminologie de R. MOERENHOUT et J. SMETS, *loc. cit.*

69. Voy. l'art. 92ter L.S.R.I.

70. Tel que prévu à plusieurs endroits dans la loi dite «de financement»; voy. p. ex. art. 49, § 3, L. spéc. du 16 janvier 1989 concernant le financement des Communautés et des Régions, *M.B.*, 17 janvier 1989.

71. Point 3 (I.2) de la réponse du Premier ministre aux questions écrites de Messieurs L. DIERICKX et F. ERDMAN (*T.B.P.*, 1995, pp. 722-727).

72. Voy. R. MOERENHOUT et J. SMETS, *op. cit.*, pour plus d'informations sur ces formes de coopération.

73. Ce qui ne signifie pas que la Cour a imposé cette forme aux autorités concernées pour donner corps à leur coopération en matière d'infrastructure des communications électroniques (voy. *infra*).

74. R. MOERENHOUT et J. SMETS, *op. cit.*, p. 132.

75. R. MOERENHOUT, «De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten – Recente ontwikkelingen», *T.B.P.*, 1996, pp. 271-283, spéc. p. 277.

76. Avis du C.E. du 26 mai 1997, *Doc. parl., Parl. Rég. w.*, sess. 1997-1998, n°s 319/1 et 320/1, annexe 1, p. 11. En ce qui concerne des avis émis par le C.E., voy. *supra*.

77. Projet de loi relatif à l'organisation du marché de l'électricité, Avis du C.E. du 29 décembre 1998, *Doc. parl., Ch. Repr.*, sess. 1998-1999, n° 1933/1, pp. 51-52.

Le texte de l'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, nous dit très peu sur le contenu d'accords de coopération: il dispose qu'un accord de coopération peut «notamment» porter sur la création et la gestion conjointes de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun. Le mot «notamment», qui indique une énumération non exhaustive, apporte la confusion et laisse subsister le flou quant au degré de coopération possible avant de violer la répartition des compétences.

D'habitude, un accord de coopération vise la coordination de politiques. Des exemples concrets montrent cependant qu'il est admis – jusqu'à un certain niveau – par les autorités concernées et le Conseil d'État qu'un tel accord contient des règles matérielles – c'est-à-dire des règles créant des droits et des obligations dans le chef de tiers. L'accord de coopération entre les Régions du 30 mai 1996 concernant la prévention et la gestion des déchets d'emballage⁷⁸ constitue à ce titre un bel exemple. Nous pourrions alors imaginer un accord de coopération entre l'État fédéral et les Communautés (ainsi que les Régions, compétentes pour l'urbanisme) réglant les différents aspects du secteur des communications électroniques.

Il convient néanmoins de garder à l'esprit qu'en principe, selon le Conseil d'État, un accord de coopération n'est pas l'instrument approprié pour apporter des modifications formelles aux lois, décrets ou ordonnances. Dans la mesure où un accord de coopération est

appelé à conduire à une modification des réglementations des ordres juridiques des parties à l'accord, il reviendrait en principe à chacune des autorités concernées, dans l'exercice de sa compétence exclusive, d'adopter les modifications nécessaires à l'exécution de l'accord⁷⁹. L'expérience des déchets d'emballage citée ci-haut montre pourtant qu'il est possible de faire fi de ce principe.

3.2. Réflexions sur un éventuel accord de coopération pour le secteur des communications électroniques

Concrètement, un accord de coopération pour le secteur des communications électroniques pourrait être construit selon les hypothèses suivantes:

- a) *coopération sur le plan législatif:*
 - i. *contenant des dispositions matérielles sur le fond de la réglementation:* un accord de coopération entre les autorités fédérale, de la Communauté flamande, de la Communauté française et de la Communauté germanophone, au sein duquel est établi un cadre réglementaire unique pour les transmissions de signaux électroniques. Dans ce cas, l'accord de coopération contient lui-même les règles de droit matériel y relatives et remplace par conséquent pour l'essentiel la législation existante – ou en voie d'adoption – en matière de télécommunications et radiodiffusion⁸⁰. De façon idéale, cette hypothèse est cou-

78. *M.B.*, 5 mars 1997 (égal. disponible sur le site web de la Commission interrégionale de l'emballage, www.ivcie.be).

79. *Project d'accord de coopération du 9 décembre 1997 conclu entre l'État, la Communauté flamande, la Région wallonne et la Communauté germanophone concernant le mode de répartition des frais des receveurs régionaux et le mode de prélèvement de la contribution dans ces frais par les administrations, Avis du C.E. du 27 octobre 1998, Doc. parl., Parl. fl., sess. 1998-1999, n° 1264/1.*

80. *Voy. notre remarque préalable sur la nécessité d'adapter – après la conclusion d'un tel accord de coopération – les dispositions existantes par chacune des autorités (législateurs) concernées.*

plée à la création d'un régulateur spécifique sectoriel commun, vu que celui-ci peut alors appliquer les règles uniformes pour les mêmes infrastructures d'une manière cohérente;

- ii. *contenant la création d'un régulateur unique*: un accord entre les autorités mentionnées au sein duquel elles conviennent que chacune continue à exercer ses compétences législatives mais qu'elles s'accordent pour coopérer à la mise en œuvre des législations par un régulateur unique. Dans cette hypothèse, il suffirait d'adapter les lois et décrets existants et/ou de les remplacer pour ce qui concerne les dispositions sur les régulateurs existants. Il faut néanmoins se demander si cette hypothèse serait réaliste, vu qu'un régulateur unique devrait appliquer les réglementations issues de législateurs différents;
- iii. *contenant la détermination des compétences des régulateurs différents*: les parties concernées gardent chacune leur instance régulatrice propre et se coordonnent en ce qui concerne les compétences et les tâches à attribuer à ces régulateurs respectifs. L'accord de coopération contiendrait ainsi une réglementation matérielle sur les compétences des régulateurs différents.

b) *coopération sur le plan de «l'application des règles» (coopération entre régulateurs)*: comme dans l'hypothèse précédente (a.iii.), les parties concernées conviennent qu'elles exercent chacune leur compétence législative propre et qu'elles créent ou gardent chacune une instance régulatrice. Les législations et régulateurs existants pourraient donc subsister. La différence

avec l'hypothèse a.iii. est située au niveau du champ d'application de l'accord de coopération: celui-ci ne contiendrait pas des règles matérielles déterminant les compétences respectives des cinq régulateurs différents pour le secteur des communications électroniques (IBPT, VCM, CSA, Medienrat et – pour ce qui concerne les transmissions de radiodiffusion dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale – à nouveau l'IBPT⁸¹), mais serait en ce cas limité à des règles (procédurales) de coopération (p. ex.: échange d'information et consultation) entre eux. Dans la mesure où la répartition des compétences reste inchangée, cette forme de coopération est la coopération minimale nécessaire si l'on veut satisfaire à l'article 3, alinéa 4, de la directive «cadre» (qui prévoit par ailleurs explicitement la possibilité d'avoir plusieurs instances régulatrices dans un seul État membre).

3.3. Analyse de l'arrêt n° 132/2004

3.3.1. Sur la forme de la coopération

La Cour d'arbitrage n'a pas imposé d'accord de coopération formel (en d'autres mots: elle n'exige pas que la coopération entre l'État fédéral et les Communautés prenne la forme d'un accord de coopération dans le sens de l'art. 92bis L.S.R.I.)⁸². L'on a sans aucun doute réalisé que ce serait aller un pas trop loin, vu que la L.S.R.I. ne prévoit pas une telle obligation.

Il reste donc la question de savoir ce qu'elle a exactement visé en parlant au considérant B.7.1 et au dispositif d'une «réglementation prise de commun accord» et quel devrait être le champ de ce commun accord.

81. Et dans la situation idéale, aussi entre ces régulateurs et le Conseil de la concurrence.

82. Voy. not. consid. B.5.1, al. 2, et B.6.2, al. 2.

À notre avis, cela signifie que les autorités concernées ne sont pas tenues de modeler leur coopération sur la base d'un réel accord de coopération (de même qu'un tel accord ne devrait pas nécessairement comporter une réglementation détaillée sur le fond – sur le champ de la coopération, voy. *infra*). Elles peuvent en principe également se limiter à un simple protocole dans lequel elles établissent quelques grandes lignes concernant la politique à suivre au niveau des infrastructures de communications électroniques (après quoi chacun, séparément, peut adapter sa législation aux approches convenues). Il est cependant vrai que la forme exacte qui satisfera aux exigences de la Cour relève à l'heure actuelle quelque peu de la spéculation.

3.3.2. Sur le champ de la coopération

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

Ce devoir de coopérer va plus loin que ce qui est requis par l'article 3 de la directive « cadre »⁸³. Il ne faut pas seulement – tel que requis par ledit article 3 – que soient mises sur pied des procédures de concertation et de coopération devant être suivies par les différents régulateurs (ainsi que, d'ailleurs, l'autorité de la concurrence)

lors de l'exercice de leurs compétences distinctes, mais la Cour d'arbitrage exige aussi une coopération entre les législateurs lorsqu'ils établissent et déterminent les compétences de ces régulateurs (donc *en amont* de l'exercice par les régulateurs de leurs compétences).

A priori, il ne semble donc pas avoir été l'intention de la Cour d'arbitrage d'étendre, dans le cadre de l'arrêt, l'obligation de coopération à tous les aspects de l'infrastructure des communications électroniques. Du reste, la Cour remarque sur ce point qu'« Il appartient au législateur spécial d'apprécier si, pour régler l'infrastructure des informations électroniques, il y a lieu de prévoir une coopération obligatoire ou s'il s'impose de modifier la répartition des compétences en matière de télécommunications afin de garantir une politique cohérente »⁸⁴.

Dans son avis sur le projet de décret de la Communauté germanophone sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques (citée *supra*), le Conseil d'État s'est exprimé de façon plus large. Comme nous l'avons vu ci-dessus, il a en effet constaté que la Communauté germanophone ne peut pas arrêter unilatéralement les règles relatives aux réseaux de communications électroniques (art. 42 à 85 de l'avant-projet) ni celles relatives au régulateur compétent en cause (art. 89 à 109). Selon l'interprétation que le Conseil paraît donner de l'arrêt n° 132/2004 de la Cour d'arbitrage, il faut donc une coopération entre la Communauté et l'autorité fédérale, en ce qui concerne aussi bien les régulateurs que les infrastructures.

Une portée plus étroite de la position de la Cour d'arbitrage résulterait

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

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

elle du fait qu'elle devait en l'espèce uniquement juger des dispositions concernant le statut et les compétences de l'IBPT, ou s'agit-il d'un choix délibéré...? Le considérant B.7.2, en ce qu'il compléterait le considérant B.7.1, semblerait pointer vers la seconde hypothèse.

Avec la mise sur pied d'un simple protocole dans lequel l'État fédéral et les Communautés se mettent d'accord sur la description et l'exercice des différentes compétences des régulateurs respectifs (de préférence y compris une procédure pour les «cas limites»), les autorités concernées pourraient dès lors satisfaire aux exigences mises en avant par la Cour d'arbitrage.

Pourtant, l'esprit de l'arrêt (et la problématique qui est à sa base, à savoir la déspecialisation des infrastructures) semble commander une coopération plus englobante – ce que confirme l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de décret germanophone. Tant sur le plan du règlement du statut et des compétences du régulateur que sur le plan des règles matérielles concernant l'infrastructure des communications électroniques, le simple exercice seul par l'autorité fédérale de sa compétence en matière de télécommunications porte-

rait atteinte de façon disproportionnée à la compétence en matière de radiodiffusion des Communautés⁸⁵, dans la mesure où ces compétences sont «inextricablement imbriquées».

3.4. Vers une modification de la répartition des compétences?

En sus d'exiger une réglementation prise de commun accord d'ici au 31 décembre 2005 pour sauver l'article 14 de la loi «statut IBPT», la Cour évoque dans son arrêt n° 132/2004 également la possibilité de la modification par le législateur spécial de «la répartition des compétences en matière de télécommunications afin de garantir une politique cohérente»⁸⁶ pour la réglementation du secteur de l'infrastructure des informations électroniques.

Si la Cour ne précise pas davantage la modification qui pourrait être adoptée, nous pouvons nous inspirer à cet égard du Conseil d'État. Selon ce dernier, le législateur statuant à la majorité spéciale pourrait «prévoir une répartition des compétences qui, à l'instar de la réglementation européenne, distinguerait la transmission des communications électroniques du contenu de celles-ci»⁸⁷. Nous reviendrions donc

85. Et *vice versa*, selon le C.E., *loc. cit. supra*, (il faut attendre le résultat du recours en annulation introduit par l'IBPT contre le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 pour savoir si la Cour d'arbitrage partage ce point de vue ou pas, voy. *infra*, note 91).

86. Consid. B.7.2. L'on peut d'ailleurs se poser la question suivante: un renversement de jurisprudence de la Cour, constante depuis les arrêts n°s 7/90 et 1/91, qui serait motivé par la convergence technologique mais aussi par les évolutions réglementaires européennes, ne pourrait-il pas avoir le même effet qu'une précision, voire une modification, des compétences en matière de télécommunications par le législateur spécial? Notons à cet égard la finale du consid. B.4.2 de l'arrêt n° 156/2002 de la Cour d'arbitrage: «il en résulte que les programmes diffusés au moyen de ces techniques ne sortent pas nécessairement du champ des compétences communautaires et que les techniques utilisées ne relèvent pas nécessairement de cette même compétence». Cette phrase avait pu être interprétée comme un timide mouvement de la Cour en direction d'une répartition horizontale des compétences (P. VALCKE et C. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 116). Elle n'a cependant pas été reprise dans l'arrêt n° 132/2004.

87. Respectivement: Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2001-2002, n° 1937/1, p. 57; Projet de décret sur la radiodiffusion, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Cons. Com. fr., sess. 2002-2003, n° 357/1, p. 141; Projet de loi relatif aux communications électroniques et Projet de loi relatif à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, Avis du C.E., *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 1425/1 et 1426/1, p. 214. Le C.E. complète d'ailleurs sa position en ajoutant qu'à défaut de cette modification de la loi spéciale des réformes institutionnelles, «la transposition du cadre réglementaire commun, faisant l'objet de la directive-cadre, ne pourra être réalisée valablement sans la conclusion préalable d'un accord de coopération tel que prévu à l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée». Sur cette question, voy. égal. S. BAZZANELLA et Ph. GÉRARD, *op. cit.*, pp. 105-117.

à une répartition des compétences à l'instar de celle qui était pratiquée avant les arrêts de la Cour d'arbitrage nos 7/90 et 1/91. Cette répartition horizontale ferait en sorte que le système belge deviendrait alors l'égal du système allemand selon lequel la compétence des États fédérés, les «Länder», en matière de radiodiffusion est limitée aux aspects de contenu, alors que l'État fédéral, le «Bund», est compétent pour l'ensemble des aspects techniques, qu'ils soient relatifs à la radiodiffusion ou aux services de télécommunications au sens strict⁸⁸.

Cette réorganisation paraît *a priori* attirante⁸⁹ et logique par le fait qu'elle répondrait à la déspecialisation technique des infrastructures en s'inscrivant pleinement dans la logique européenne d'une réglementation horizontale (voy. aussi *supra*). Cependant, la justification de la position de la Cour d'arbitrage en 1990-1991 avait été de donner la pleine maîtrise de la politique en matière de radiodiffusion aux Communautés. Il s'agissait d'éviter le risque de voir le législateur fédéral, de par une compétence dans le domaine des aspects techniques, empiéter sur la politique médiatique des Communautés (voy. *supra*). Or, malgré le fait que des autorisations individuelles ne pourront dorénavant plus être exigées pour établir et fournir un réseau de communications électroniques, ce risque subsiste. Il est engendré par les liens qui existent entre la réglementation de la transmission et celle des contenus discutés ci-dessus (voy. *supra*). Pour ne rappeler qu'un exemple, une politique de promotion du pluralisme pourrait nécessiter que certaines fréquences soient réservées pour certains contenus. Si les Commu-

nautés n'avaient plus la possibilité de le faire, leur possibilité de mener une politique de radiodiffusion autonome risquerait d'être entamée.

4. Conclusion: et maintenant ?

Dans une étude non publiée réalisée par l'I.C.R.I. en 1996, nous lisons: «chaque forme de coopération repose sur un minimum de bonne volonté de la part des autorités intéressées. Une concertation institutionnalisée concernant la gestion des fréquences n'est en ce sens viable que si chaque autorité est disposée à la coopération et ne se crispe pas sur ses aires de compétences». Presque dix années plus tard ce constat n'a rien perdu de sa pertinence...

Prenant en compte la réalité de l'évolution technologique et face à des acteurs institutionnels qui n'ont pas agi malgré les exhortations répétées du Conseil d'État (voy. *supra*) et de maintes déclarations de bonne volonté⁹⁰, la Cour d'arbitrage a placé ces acteurs définitivement devant leurs responsabilités. En effet, elle les force à agir, même si dans un premier temps la balle semble surtout être dans le camp du gouvernement et législateur fédéraux puisque c'est une disposition fédérale qui a fait l'objet d'une annulation.

Cependant, au regard de la philosophie générale qui sous-tend l'arrêt n° 132/2004, les autres législateurs ne sont pas non plus à l'abri de tout problème. Il n'y a qu'à constater le blocage relatif dont souffre actuellement le projet de décret de la Communauté germanophone sur la radiodiffusion et

88. Art. 70 et 73.7 de la loi fondamentale allemande. W. HOFFMANN-RIEM, «Kommunikations- und Medienfreiheit», in *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (E. BENDA, W. MAIHOFFER et H.-J. VOGEL, Hsg.), 2. Auflage, Studienausgabe Teil 1, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, Rn. 36.

89. Elle a d'ailleurs déjà été évoquée en 1999 dans l'enceinte du Sénat (CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *op. cit.*, p. 469).

90. Voy. Ph. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE et D. STEVENS, *op. cit.*, pp. 261-262.

les représentations cinématographiques ou le recours en annulation⁹¹ introduit le 26 novembre 2004 par l'IBPT contre le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004.

Face au risque de recours en cascade et à l'insécurité liée à l'incertitude de l'adoption d'une réglementation prise de commun accord d'ici la fin de l'année, il faut donc espérer que les bonnes volontés aient été exhortées par l'arrêt de la Cour d'arbitrage. Et sur ce point, nous croyons apercevoir des signes qui autorisent l'espoir.

Ainsi, la Communauté germanophone est confrontée à l'avis du Conseil d'État qui la déclare incompétente pour réglementer (unilatéralement) les infrastructures de communications électroniques utilisées pour la radiodiffusion et le régulateur en la matière. Le gouvernement de la Communauté n'a par conséquent pas immédiatement introduit le projet à son Parlement et a saisi⁹² le Comité de concertation⁹³ ce 4 janvier 2005 sans pour autant y être obligée au sens strict du terme⁹⁴. Ce Comité a 40 jours pour se prononcer⁹⁵. Il semble d'ailleurs qu'en pratique, le

Comité puisse émettre des recommandations générales qui dépassent le seul projet ou la proposition de mesure en question. Dans le cadre de la saisine du Comité de concertation par la Communauté germanophone, l'État fédéral a également demandé un avis du Comité sur les projets de loi en matière de communications électroniques.

Le fait qu'on semble actuellement travailler de pied ferme à la préparation d'un accord de coopération semble aussi montrer une volonté résolue (et peut-être plus résolue qu'avant) de trouver une issue. Le « bâton » brandi par la Cour d'arbitrage y est sûrement pour quelque chose. L'arrêt n° 132/2004 pourrait donc s'avérer comme étant une percée et nous serions en route vers un autre dénouement que celui présenté par Goethe dans le « Roi des Aulnes » cité au début de nos observations. Nous échapperions alors à la mort de l'enfant, enfant que constituerait ici une bonne réglementation des réseaux et services de communications électroniques – de radiodiffusion ou autres. L'économie et les utilisateurs s'en réjouiront.

91. Numéro du rôle 3170. Voy. *M.B.*, 30 décembre 2004, 2° éd.

92. La base juridique de cette saisine étant l'art. 3, §§ 3-4, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, *M.B.*, 21 mars 1973.

93. Art. 31 de la loi ordinaire des réformes institutionnelles du 9 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980.

94. À cet égard, voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Commentaar bij art. 3 R.v.St.-Wet », in *Commentaar Publiek Procesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, pp. 29-30: « In de praktijk wordt deze regeling echter zeer zelden toegepast. Mogelijk speelt hierbij de overweging een rol dat wanneer de afdeling wetgeving naar aanleiding van elke bevoegdheidsopmerking deze procedure zou toepassen, het Overlegcomité haast elke week een dossier zou ontvangen, in vele gevallen overigens over vrij banale of beperkte bevoegdheidsproblemen. Bovendien is ook niet duidelijk of de Raad van State dan wel de betrokken adviesaanvrager de zaak aanhangig zou moeten maken bij het Overlegcomité. Hoe het ook zij, het staat vast dat er voor de niet-toepassing van deze regeling geen sanctie bestaat ».

95. Au début du mois d'avril, moment de la relecture des épreuves de la présente note d'observations, le Comité continuait toujours ses travaux et n'avait pas encore arrêté de position.