

TITRE 9

De la légitimité des autorités réglementaires indépendantes dans le secteur des communications électroniques

Christian HOCEPIED et Robert QUECK*

Introduction

« *Custodes quis custodiet ?* » demandait le député européen Reino Paasilinna dans l'exposé des motifs de son rapport¹ sur le projet de directive qui allait devenir en 2002 la directive « cadre »² en matière de com-

* Respectivement chercheur senior au et directeur-adjoint du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS) de l'Université de Namur. R. Queck est également membre de la Chambre décisionnelle du Medienrat de la Communauté germanophone. Les auteurs s'expriment à titre personnel et n'engagent pas les institutions auxquelles ils appartiennent. Ils expriment leur gratitude à Philippe Vernet pour sa relecture attentive et ses commentaires pertinents. D'éventuelles erreurs qui subsisteraient incombent aux seuls auteurs. Les auteurs tiennent aussi à rendre hommage à Yves Poulet pour son enthousiasme, sa confiance, son appui, l'inspiration qu'il nous a fournis et son amitié pendant toutes ces années.

¹ Parlement européen, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, A5-0053/2001, 7 février 2001, p. 63 (ci-après « rapport Paasilinna », disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2001-0053+0+NOT+XML+V0//FR>, consulté le 27 décembre 2017).

² Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.C.E.*, L 108/33, 4 avril 2002, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/21/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/21/2009-12-19> ; modifiée par le règlement (CE) N° 544/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 167/12, 29 juin 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/544/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/544/2012-07-01> et par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et

munications électroniques. En partant de cette citation de l'auteur romain Juvenal³, le rapporteur plaidait pour l'insertion dans le droit de l'Union européenne de « métarègles » susceptibles d'assurer une approche cohérente des différentes autorités réglementaires nationales (ARN)⁴ des communications électroniques⁵, tout en évitant « une approche trop générale qui oublie les particularités des marchés nationaux, voire locaux »⁶.

Quel devrait être l'objet de pareilles « métarègles » ? Les ARN doivent être indépendantes (chapitre 1) afin de pouvoir réaliser au mieux les objectifs,

services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 337/37, 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.*, L 241/8, 10 septembre 2013, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/2009-12-19> (directive « mieux légiférer »).

³ « Oui, mais qui gardera les gardiens ? » (Juvenal, *Satire* 6, 347), traduction sur <https://mediterranees.net/litterature/juvenal/satire6.html>, consulté le 7 janvier 2018. Cette citation nous permet d'ailleurs de rappeler qu'Yves Poulet s'inscrit dans le groupe des enseignants de droit romain qui se sont aussi vu attirés par le droit de l'informatique et des télécommunications.

⁴ « L'organisme ou les organismes chargé(s) par un État membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans la présente directive et dans les directives particulières » (art. 2, g) directive « cadre »).

⁵ Le cadre réglementaire européen utilise à partir de 2002 le concept de « communications électroniques » à la place de celui de « télécommunications » afin de marquer qu'il importe que suite à la convergence des « secteurs des télécommunications, des médias [audiovisuels et sonores] et des technologies de l'information ... tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire » (cons. 5, directive « cadre »). Depuis 2002 les réseaux et services de transmission de signaux de radiodiffusion sont donc au niveau européen inclus dans la réglementation de la transmission par moyens électromagnétiques (voy. cons. 7, directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L 249/21, 17 septembre 2002, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/77/oj>).

Au niveau belge, la répartition des compétences fait en sorte que – de manière simplifiée – les Communautés sont compétentes pour les « les aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores [...] » (c'est-à-dire la radiodiffusion sonore et télévisuelle) (art. 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980 et art. 4, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, *M.B.*, 18 janvier 1984). L'État fédéral de son côté est, sur base de sa compétence résiduelle, compétent pour les autres communications électroniques, appelées « télécommunications » ou « télécommunications au sens strict » et pour la « police générale des ondes » (Const., art. 35). Sur cette question, voy. R. DEBILLO, R. QUECK, D. STEVENS, « La répartition des compétences en matière de communications électroniques après la sixième réforme de l'État : *statu quo* ou départ vers de nouveaux rivages », *R.D.I.R.*, 2014/4, pp. 389-402.

⁶ Rapport « Paasilinna », p. 63. Voy. aussi C. HOCEPIED, A DE STREEL, « Harmonisation without centralisation », *Droit et économie de la régulation*, 2006, p. 75.

missions et tâches qui sont les leurs (chapitre 2). Dans ce contexte, l'indépendance et la large marge de manœuvre dont disposent les ARN nécessitent des contrepois afin de garantir leur légitimité : nous discuterons à cet égard un contrôle parlementaire (chapitre 3), un contrôle juridictionnel (chapitre 4) et un contrôle par l'Union européenne et spécifiquement la Commission européenne par le mécanisme des articles 7 et 7bis de la directive « cadre » (chapitre 5).

CHAPITRE 1. Les deux dimensions du concept d'indépendance

L'indépendance des ARN dans l'exercice de leurs tâches d'application de la réglementation⁷ a deux dimensions : d'abord l'indépendance vis-à-vis des acteurs sur le marché. À cela s'est ajoutée ensuite une nouvelle dimension, celle de l'indépendance « politique », une indépendance vis-à-vis d'autres organes de l'État.

Initialement le concept d'indépendance se référait au risque de *capture réglementaire* des ARNs par les opérateurs régulés, dans lesquels les États membres avaient presque tous encore des participations significatives et exerçaient parfois même le contrôle⁸. Pour parer à ce risque le « Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements

⁷ Les tâches des ARN consistent principalement dans l'application des règles par le biais de décisions particulières adoptées dans le cadre d'un large pouvoir discrétionnaire (y compris dans le contexte de la résolution des litiges) et non pas dans l'adoption de règles générales et abstraites. Malgré cela, le cadre réglementaire les appelle « autorités réglementaires » et non pas « autorités de régulation » comme il serait plus correct en français (voy. projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, avis du Conseil d'État n° 33.255/4 du 5 juin 2002, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1937/1, p. 64, note 17). Au niveau de l'Europe, la proposition pour un Code des communications électroniques européen entend rectifier la situation et parle dans sa version française d'« autorités de régulation nationales » (proposition de la Commission de directive du Parlement européen et du Conseil établissant le codes des communications électroniques européen (Refonte), COM(2016) 590 final, 12 octobre 2016).

⁸ « [...] *the Minister of Telecommunications appears more as the manager of the public undertaking (for example he nominates the executive board) than as the real arbitrator in the whole field of the telecommunications sector* » (Y. POULLET, « The Belgian Telecommunications Case », in S. SCHAFF (ed.), *Legal and Economic Aspects of Telecommunications – Lectures given during the International Chair in Computer Science, held from December 1988 to march 1989*, Amsterdam, North-Holland, 1990, p. 402).

des télécommunications » de juin 1987⁹ proposait la séparation complète entre fonctions réglementaires et opérationnelles des administrations de télécommunications¹⁰. Le livre vert reflétait, d'une part, l'état de la jurisprudence de la Cour de justice, et en particulier l'arrêt *British Telecom*¹¹ qui confirmait la décision 82/861 de la Commission du 10 décembre 1982, qui condamnait l'usage par BT en tant qu'opérateur économique de son pouvoir de réglementation du service international de télex, et, d'autre part, l'évolution de la doctrine¹².

C'est dès lors sur la base des règles de concurrence que la Commission européenne a requis, respectivement en 1988 et 1990, les États membres d'attribuer les fonctions d'agrément de terminaux¹³ de télécommunication et de la réglementation des services¹⁴ de télécommunications à des

⁹ Communication de la Commission, Vers une économie européenne dynamique – Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, COM (87) 290 final, 30 juin 1987, p. 4.

¹⁰ Car « [...] celui qui cumulerait des fonctions d'exploitation et de réglementation serait tenté d'utiliser ses fonctions de réglementation dans le but d'éliminer ses concurrents sur le terrain de l'exploitation » (F. JANFILS, Y. POULLET et R. QUECK, « Vers une nouvelle réglementation des télécommunications – Proposition de neuf principes de base », in C. MONVILLE (coord.), *Vers une nouvelle réglementation des télécommunications*, Cahiers du CRID, n° 4, Bruxelles, Story Scientia, 1999, p. 200).

¹¹ C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1985, *République Italienne c. Commission européenne*, C-41/83, EU:C:1985:120, notamment pt 22.

¹² « Du point de vue du droit, il n'est pas acceptable que la R.T.T. en tant qu'administration fasse la loi, et qu'en tant qu'entreprise commerciale, l'exécute à son profit ou en contrôle l'exécution » (B. DE CROMBRUGGHE et Y. POULLET, « La réglementation des télécommunications en Belgique », *A.P.T.*, 1986, n° 3, p. 200, pt 71).

¹³ Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, *J.O.C.E.*, L 131/73, 27 mai 1988, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1988/301/oj>, ELI texte consolidé : ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1988/301/1994-11-08>; amendée par la directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *J.O.C.E.*, L 268/21, 19 octobre 1994, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1994/46/oj>. Cette directive est remplacée par la directive 2008/63/CE de la Commission du 20 juin 2008 relative à la concurrence dans les marchés des équipements terminaux de télécommunications (version codifiée), *J.O.U.E.*, L 162/20, 21 juin 2008, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/63/oj>.

¹⁴ Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.*, L 192/10, 24 juillet 1990, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1990/388/oj>, ELI texte consolidé : ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1990/388/1999-07-30> ; amendée par la directive 94/46/CE ; par la Directive 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *J.O.C.E.*, L 256/49, 26 octobre 1995, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1995/51/oj> ; par la directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les

entités indépendantes des opérateurs de télécoms, actifs sur le marché. En parallèle, la Cour de justice a confirmé en réponse à une question préjudicielle que les règles de concurrence du traité CEE s'opposaient « à ce qu'un État membre confère à la société exploitant le réseau public de télécommunications le pouvoir d'édicter des normes relatives aux appareils téléphoniques et de vérifier leur respect par les opérateurs économiques, alors qu'elle est la concurrente de ces opérateurs sur le marché de ces appareils »¹⁵ et que la répartition des fonctions de tutelle à l'égard de l'opérateur public et de régulateur du marché entre deux directions d'un ministère ne suffit pas pour garantir l'égalité des chances entre les différents opérateurs intervenant sur un marché.¹⁶

Mais à partir de 1997¹⁷, l'indépendance des ARNs a également fait l'objet de directives du Parlement et du Conseil visant à établir un marché unique des communications électroniques dans l'Union européenne.

communications mobiles et personnelles, *J.O.C.E.*, L 20/59, 26 janvier 1996, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/2/oj> ; par la directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.C.E.*, L 74/13, 22 mars 1996, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/19/oj> et par la directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, *J.O.C.E.*, L 175/39, 10 juillet 1999, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/64/oj>. Cette directive a été remplacée par la directive 2002/77/CE.

¹⁵ C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c. GB-Inno-BM*, C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474, premier point du dispositif.

¹⁶ C.J.C.E., arrêt du 19 mars 1991, *République française c. Commission européenne*, C-202/88, EU:C:1991:120, pt 51.

¹⁷ Le considérant 9 de la directive 97/51/CE prévoyait que « conformément au principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, les États membres doivent garantir l'indépendance de l'ARN afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions et veiller à ce que l'ARN ou les ARNs de chaque État membre jouent un rôle clé dans la mise en œuvre du cadre réglementaire fixé par la législation communautaire pertinente; que cette exigence d'indépendance est sans préjudice de l'autonomie institutionnelle et des obligations constitutionnelles des États membres » (Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, L 295/23, 29 octobre 1997, ELI : <http://data.europa.eu/eli/dir/1997/51/oj>). Ce renvoi explicite à l'impartialité doit être considéré comme incluant l'obligation pour les États membre d'accorder une indépendance politique aux ARNs. « L'indépendance s'attache au rôle d'arbitre reconnu au régulateur. Elle ne concerne pas les objectifs qui lui sont assignés, mais les modalités de leur mise en œuvre. [...] Dès lors, l'indépendance du régulateur signifie qu'il ne reçoit pas de directives ou d'instructions, dans l'exercice propre de ses compétences » (J.-M. HUBERT, « Le cas de l'autorité de régulation des télécommunications », *Revue française d'administration publique*, 2004/1, n° 109, p. 103). Par conséquent les ARN devraient suivre « le niveau européen » plutôt que le « niveau national » ce qui rendrait difficile l'acceptation de l'idée d'une tutelle politique nationale.

Ces directives d'harmonisation technique ont été adoptées sur la base de l'article 115 du traité sur le fonctionnement de l'UE (ex-article 100 A TCE) relatif au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives qui ont une incidence sur le fonctionnement du marché commun. Ces directives accordent un rôle clé aux ARN en vue de l'établissement du marché unique et l'indépendance des ARN y est la précondition pour préserver l'ARN de toute « préoccupation exogène »¹⁸ aux objectifs fixés par la réglementation européenne, dont les régulateurs indépendants doivent assurer la mise en œuvre. Toutefois suite « à des difficultés dans un certain nombre d'États membres pour assurer l'indépendance des régulateurs nationaux »¹⁹, le législateur européen a dû renforcer en 2009²⁰ explicitement dans un article de directive – l'article 3, § 3bis, de la directive « cadre » – le libellé de l'obligation d'indépendance des ARNs vis-à-vis d'autres autorités étatiques et vis-à-vis de la politique en générale²¹.

¹⁸ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 2012/3, n° 143, p. 632.

¹⁹ « La Commission a en effet ouvert des procédures contre au moins dix États membres pour non-respect des exigences d'indépendance découlant du deuxième paquet télécom » (S. HOYNCK, « Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », *Revue française d'administration publique*, n° 143, 2012/3, p. 800).

²⁰ Nouvel article 3, § 3bis, de la directive « cadre », inséré par l'article 1^{er}, 3), b) de la directive « mieux légiférer ».

²¹ Le libellé actuel est le suivant : « [...] les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises [...] 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'infirmer 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.

Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales visées au premier alinéa disposent des budgets annuels distincts. Les budgets sont rendus publics. Les États membres veillent également à ce que les autorités réglementaires nationales

La différence des objectifs poursuivis, d'une part, par les directives initiales de la Commission, adoptées sur la base des règles de concurrence du traité, et, d'autre part, les directives d'harmonisation a toutefois échappé à la plupart des observateurs²². Ainsi, selon Gabriel Eckert²³ « si le principe de séparation des fonctions entre l'opérateur et le régulateur en a traditionnellement été la justification, il s'y ajoute progressivement, voire s'y substitue, un fondement plus général tenant à l'efficacité de la régulation sectorielle ». ²⁴ Il ne s'agit en réalité pas d'une *évolution progressive*, mais de la transposition de directives successives de l'Union européenne²⁵, avec des objectifs spécifiques et différents.

CHAPITRE 2. La double casquette des Autorités Réglementaires Nationales (ARN)

En vertu de l'article 4 du TFUE, dans le cas de compétences partagées entre l'Union et les États membres, comme les télécommunications, le transport et la recherche, les États membres ne peuvent exercer leur compétence que dans la mesure où l'UE n'a pas exercé ou a décidé de ne pas exercer la sienne. Mais quand l'Union européenne exerce ses compétences,

disposent des ressources financières et humaines adéquates pour leur permettre de participer activement et de contribuer à l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ».

²² Comme par exemple Hubert Delzangles qui cherche à fonder l'indépendance en droit constitutionnel en vertu du principe que « si l'État intervient économiquement sur le marché, il doit, pour garantir le principe d'impartialité de son action réglementaire, confier cette dernière fonction à une autorité indépendante du pouvoir exécutif interventionniste » (H. DELZANGLES, « L'indépendance des autorités de régulation économique et financière en Espagne : l'intérêt de la clarification du droit public », *Revue française d'administration publique*, n° 143, 2012/3, p. 709).

²³ Faisant écho à P. SCHÜTZ : « [...] the most convincing argument as to why governments delegate power to IRAs is offered by the credibility hypothesis. [...] They can provide a certain time consistency in their policies » (P. SCHÜTZ, « Comparing formal independence of data protection authorities in selected EU Member States », conference paper for the 4th Biennial ECPR Standing Group for Regulatory Governance Conference, 2012, disponible sous <http://regulation.upf.edu/exeter-12-papers/Paper%20265%20-%20Schuetz%202012%20-%20Comparing%20formal%20independence%20of%20data%20protection%20authorities%20in%20selected%20EU%20Member%20States.pdf>, consulté le 27 décembre 2017).

²⁴ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *op. cit.*, p. 630.

²⁵ Comme l'a bien relevé S. HOYNCK, « Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », *op. cit.*, p. 796-798.

elle ne possède pas d'administration décentralisée dans les États membres pour en assurer l'exécution. L'Union doit donc se reposer sur des agents des États membres²⁶. Afin d'assurer que ces agents poursuivent les objectifs de l'Union et non ceux des gouvernements qui les ont nommés et les rémunèrent, il convient que ces agents soient dotés d'un statut²⁷ garantissant leur indépendance d'action vis-à-vis des gouvernements et parlements nationaux²⁸.

La similitude entre la notion d'indépendance des ARNs dans la directive « cadre » et celle des autorités indépendantes de protection de la vie privée²⁹ créées en vertu de la directive 95/46/EC³⁰, n'est dès lors pas le fait du hasard, mais résulte d'une base juridique partagée et de l'objectif de faire jouer aux régulateurs nationaux un rôle commun dans la mise en œuvre de la réglementation de l'Union européenne. Quand la Cour

²⁶ Voy. S. DE SOMER, *Autonomous Public Bodies and the Law*, Edward Elgar, 2017, pp. 27 et s., qui étudie de façon approfondie le processus par lequel le droit de l'Union européenne impose de plus en plus aux États membres de confier la mise en œuvre de la législation européenne à des ARNs.

²⁷ Statut permettant de faire valoir ses intérêts à l'encontre du gouvernement national. En Espagne, l'ARN a ainsi « exercé un recours devant le Tribunal Supremo demandant l'annulation du décret royal 2296/2004. Elle considérait que les dispositions de ce décret ne respectaient pas la répartition des compétences en matière de gestion des ressources de numérotation prévues par la loi de transposition de la directive 2002/21/CE » (H. DELZANGLES, « L'indépendance des autorités de régulation économique et financière en Espagne : l'intérêt de la clarification du droit public », *op. cit.*, p. 717).

²⁸ « Il convient de renforcer l'indépendance des autorités réglementaires nationales afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions » (Directive 2009/140 CE, cons. 13).

²⁹ Car comme le souligne P. SCHÜTZ, « Comparing formal independence of data protection authorities in selected EU Member States », *op. cit.*, p. 9: « one of the most distinctive features of DPAs is eventually their assignment to watch over private as well as public actors » en vue d'assurer que tous se conforment au droit de l'Union.

³⁰ 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.C.E.*, L 281/31, 23 novembre 1995, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/dir/1995/46/2003-11-20> ; amendée par le Règlement (CE) n° 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil du 29 septembre 2003 portant adaptation à la décision 1999/468/CE du Conseil des dispositions relatives aux comités assistant la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution prévues dans des actes soumis à la procédure visée à l'article 251 du Traité CE, *J.O.C.E.*, L 284/1, 31 octobre 2003, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1882/oj>. Cette directive est abrogée avec effet au 25 mai 2018 par le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*, L 119/1, 4 mai 2016, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, art. 94, § 1.

souligne, à propos des autorités allemandes de protection des données personnelles, que « l'indépendance exclut [...] toute autre influence extérieure [...] qui pourrait remettre en cause l'accomplissement, par lesdites autorités, de leur tâche consistant à établir un juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et la libre circulation des données à caractère personnel »³¹, ceci confirme que l'indépendance vise une application harmonisée dans l'UE³² de la protection de la vie privée. En ce qui concerne les ARNs du secteur des télécommunications électroniques, le législateur communautaire a également voulu « attribuer un rôle central aux ARN pour atteindre les objectifs visés par la directive ["cadre"] »³³ par la mise en œuvre de leur « mission de police, voire de régulation » qui leur est confiée afin « d'ordonner au mieux le marché concerné »³⁴.

L'imposition par l'Union européenne de l'octroi par les États membres d'une indépendance politique à leur ARN ne vise donc pas à assurer une organisation administrative plus efficace³⁵, même si cela peut en être la conséquence³⁶. La technicité ou la place singulière accordée à l'analyse économique dans l'élaboration des décisions des ARNs ne sauraient, en tant que telles, justifier que le droit de l'Union impose une telle organisation aux États membres sans méconnaître les principes de d'autonomie institutionnelle et procédurale³⁷ des États membres. Ce n'est que si

³¹ C.J. (gde ch.), arrêt du 9 mars 2010, *Commission européenne c. République Fédérale d'Allemagne*, C-518/07, ECLI:EUC:2010:125, pt 30.

³² Cf. art. 63 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*, L 119/1, 4 mai 2016, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, qui installe un « mécanisme de contrôle de la cohérence » « afin de contribuer à l'application cohérente du présent règlement dans l'ensemble de l'Union, les autorités de contrôle coopèrent entre elles et, le cas échéant, avec la Commission dans le cadre du mécanisme de contrôle de la cohérence ».

³³ T.P.I.C.E., ordonnance du 12 décembre 2007, *Vodafone España et Vodafone Group c. Commission*, T-109/06, ECLI:EU:T:2007:384, pt 72.

³⁴ D. RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 41.

³⁵ La Cour souligne d'ailleurs que « [...] les États membres jouissent en la matière d'une autonomie institutionnelle dans l'organisation et la structuration de leurs autorités réglementaires [...] » (C.J.C.E., arrêt du 6 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones c. Administración del Estado*, C-82/07, EU:C:2008:143, pt 24). Les États membres peuvent répartir les tâches d'ARNs entre plusieurs autorités.

³⁶ Voy. C.J. (gde ch.), arrêt du 9 mars 2010, C-518/07, *op. cit.*, pt 49 : « l'article 115 du traité sur le fonctionnement de l'UE (ex-article 100 A TCE) habilite le législateur communautaire à adopter des mesures destinées à améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur, ces mesures devant effectivement avoir cet objet en contribuant à l'élimination d'entraves aux libertés économiques garanties par le traité CE ».

³⁷ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1971, *International Fruit Company c. Produktschap voor groenten en fruit*, C-51/71 à 54/71, EU:C:1971:128, premier point du dispositif :

l'indépendance politique est nécessaire à la mise en œuvre effective d'une directive qu'un « tel arrangement peut-être imposé aux États membres »³⁸. En l'occurrence, l'indépendance politique des ARNs est nécessaire du fait de l'« impossibilité d'imposer aux États dans leur organisation normale de mettre en œuvre une politique de régulation au long cours dans le sens d'une intégration communautaire »³⁹ susceptible d'atteindre les objectifs fixés par l'article 8 de la directive « cadre », tels que transposés en droit interne. Et la Cour de justice l'a bien précisé, « il appartient [...] aux ARN, et non aux législateurs nationaux, d'effectuer la pondération de ces objectifs »⁴⁰, car les ARNs « doivent [...] prendre leurs décisions sur la seule base des critères posés par ce cadre ».⁴¹

L'instauration de l'indépendance politique d'organismes administratifs – donc ayant vocation à être placé dans l'exécutif⁴² – ne s'est pas faite sans réticences, tellement l'idée de fonctionnaires nationaux indépendants

« 1) Lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État ». Voy. égal. C.J.C.E., arrêt du 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, C-39/70, EU:C:1971:16, pt 4. L'autonomie institutionnelle des États membres est à rattacher aux « principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de [l'Union] et qui régissent les relations entre [l'Union] et les États membres » ainsi qu'au principe dit de coopération loyale posé par l'article 4.3 TFUE (C.J., ordonnance du 7 avril 2016, *Antonio Tita e.a. c. Ministero della Giustizia e.a.*, C-495/14, ECLI:EU:C:2016:230, pt 35 et C.J., arrêt du 17 mars 2016, *Abdelhafid Bensada Benallal c. État belge*, C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175, pts 24 et s., Voy. égal. O. DUBOS, « L'Union européenne et la procédure administrative nationale : des compétences étriquées et intriquées », *J.D.A.*, 2016, Dossier 02, *Les relations entre le public et l'administration* (S. SAUNIER, F. CROUZATIER-DURAND, D. ESPAGNO-ABADIE dir.), <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1036>, consulté le 27 décembre 2017 et S. PLATON, « L'autonomie institutionnelle des États membres de l'union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », https://www.academia.edu/21728670/L_autonomie_institutionnelle_des_États_membres_de_l_Union_europ%C3%A9enne_parent_pauvre_ou_branche_forte_du_principe_d_autonomie_institutionnelle_et_proc%C3%A9durale_, consulté le 27 décembre 2017.

³⁸ S. HOVNCK, « Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », *op. cit.*, p. 798.

³⁹ *Idem*, p. 799.

⁴⁰ C.J., arrêt du 3 décembre 2009, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749, pt 91.

⁴¹ Av. gén. P. MADURO, concl. préc. C.J., arrêt du 3 décembre 2009, C-424/07, EU:C:2009:252, pt 63.

⁴² Cf. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 102 : « afin de respecter le principe de l'unité du pouvoir exécutif, il est toutefois traditionnellement requis que soit exercé sur ces autorités administratives indépendantes, un "contrôle suffisant" par une entité qui assume une responsabilité politique devant une

de leur gouvernement⁴³ et parlement national va à l'encontre de principes constitutionnels des États membres⁴⁴. Marie-Anne Frison-Roche rappelait la crainte que le régulateur indépendant « devienne comme un “ministre”, c'est-à-dire puisse par ce biais élaborer une véritable “politique”, construite sur des “choix” qu'il aurait élaborés librement dans l'esprit qu'il se ferait du bien futur du secteur et du groupe social, ce qui demeure l'apanage du Politique »⁴⁵. À cet égard, la directive « cadre » n'est pas sans ambiguïté : elle demande⁴⁶, d'une part, que « les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché *ex ante*⁴⁷ ou du règlement des litiges entre entreprises [...] 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 » tout en acceptant d'autre part « une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel ».

En Belgique, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT⁴⁸ désigne l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) comme ARN fédérale belge. Dans son avis sur l'avant-projet

assemblée démocratiquement élue. Et ce contrôle doit être d'autant plus étroit que les pouvoirs attribués à l'autorité administrative indépendante sont étendus, tout particulièrement s'ils emportent le pouvoir de faire des choix politiques ».

⁴³ « Une indépendance politique “totale” d'une autorité administrative à l'égard de son ministre de rattachement [...] est inconcevable en Allemagne ; [...] l'architecture institutionnelle de [l'ARN] permet une certaine indépendance factuelle, assurée, d'une part, à travers l'obligation de publication des instructions ministérielles, et, d'autre part, à travers la mise en place de procédures quasi-juridictionnelles par le biais de chambres décisionnelles », C. VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe*, Paris, Université Panthéon-Assas, 2014, p. 82.

⁴⁴ « *Many courts felt uncomfortable with the onset of independent regulatory authorities and hence strictly controlled competence issues* » (P. LAROUCHE, M. DE VISSER, « The Triangular Relationship between the Commission, NRAs and National Courts Revisited », *Communications & Strategies*, 2006, n° 64, p. 142).

⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment le Législateur doit-il concevoir les pouvoirs du Régulateur pour que celui-ci ne devienne pas “politique” ? », *Journal of Regulation*, 21 janvier 2016, <http://thejournalofregulation.com/fr/article/un-regulateur-du-secteur-doit-il-avoir-le-pouvoir-/>, consulté le 27 décembre 2017.

⁴⁶ Art. 3, § 3bis, al. 1.

⁴⁷ Le concept « *ex ante* » vise spécialement la régulation concernant les entreprises puissantes « e.g. market definition, market analysis and SMP designation » (Communications Committee Working Document, Implementation of the revised Framework Directive – Independence of National Regulatory Authorities, COCOM10-16, 15 April 2010, p. 5, disponible sous <https://circabc.europa.eu/sd/a/533d5bde-e8ea-4493-8cb5-39bf51d7a04e/COCOM10>, consulté le 7 janvier 2018).

⁴⁸ Loi relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, *err.* 4 juin 2003.

de loi qui allait devenir la loi du 16 mars 2015⁴⁹, le Conseil d'État interprétait la *surveillance* permise par la directive « cadre » comme la règle générale, l'indépendance politique comme une exception « limitée aux actes pour l'adoption desquels le droit européen exige une indépendance absolue des autorités réglementaires »⁵⁰. Le Conseil d'État l'interprétait donc comme une indépendance « fonctionnelle ». La Commission européenne, en revanche, part d'une conception « organisationnelle » de l'indépendance et contestait le maintien par la Belgique de la tutelle sur l'ARN⁵¹, même portant sur des compétences autres que celle d'ARN au sens de la directive « cadre ». Le gouvernement belge s'est conformé⁵² au point de vue de la Commission sans attendre l'issue d'une procédure d'infraction⁵³ de façon que l'on ne connaîtra jamais l'interprétation de la Cour de justice. Or, dans un autre contexte⁵⁴, la seconde chambre de la Cour a accepté l'approche « fonctionnelle ». La Cour a en effet précisé « que la directive “cadre” ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'une ARN,

⁴⁹ Loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 7 avril 2015. Voy. égal. R. QUECK et C. HOCEPIED, « Loi du 16 mars 2015 », *R.D.I.R.*, 2015/3, pp. 357-361.

⁵⁰ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, avis du Conseil d'État n° 50.003/4 du 4 septembre 2011, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2011-2012, n° 53-2143/1, p. 169.

⁵¹ Commission européenne, « La Commission poursuit la Belgique devant la Cour de justice de l'UE pour défaut d'indépendance de son régulateur national », 16 octobre 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1145_en.htm, consulté le 8 janvier 2018. Toutefois, la Commission n'a pas entamé de procédure d'infraction à l'encontre de la Grèce alors que « la Loi [grecque] 4070/2012 (art. 6, tel que modifié par la Loi 4339/2015), prévoit une sorte de 'tutelle' chaque fois que les compétences de l'EETT s'entremêlent avec celles du Ministre des Infrastructures des Transports et des Réseaux », V. Th. KONDYLIS, « L'indépendance d'une autorité régulatrice nationale (ARN) créée selon la législation européenne dans le secteur des communications électroniques – l'exemple grec », 13 juillet 2017, in *Dokuz Eylul Universitesi Iktisadi ve Idari Bilimler Dergisi*, p. 287.

⁵² Le gouvernement belge a en effet pu se baser notamment sur un arrêt antérieur de la Cour constitutionnelle : « par son arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010, [la Cour constitutionnelle a] expressément précisé que l'institution d'une autorité administrative qui échappe tant à un contrôle hiérarchique qu'à un contrôle de tutelle n'est pas en soi contraire à la Constitution [belge] ». Dans cet arrêt, la Cour ajoute que dès lors que ce sont des règles de l'Union européenne qui fondent l'autonomie de l'autorité indépendante, « l'article 34 de la Constitution permet en tout état de cause de justifier juridiquement cette situation » (P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., p. 104). Voy. égal. Y. LEJEUNE, *Typologie(s) des institutions publiques en Belgique après la sixième réforme de l'État*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, p. 87.

⁵³ Commission européenne, « Commission closes Belgian telecom regulator's independence case », 15 juin 2015, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-closes-belgian-telecom-regulators-independence-case>, consulté le 8 janvier 2018.

⁵⁴ C.J., arrêt du 19 octobre 2016, *Xabier Ormaetxea Garai et Bernardo Lorenzo Almendros c. Administración del Estado*, C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, pt 36.

au sens de cette directive, soit fusionnée avec d'autres autorités de réglementation nationales et à ce que l'ensemble forme un seul organisme de réglementation multisectoriel sous réserve que, dans l'exercice des tâches que la directive "cadre" et les directives particulières attribuent aux ARN, cet organisme réponde aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence prévues par la directive "cadre" [...] ». Appliquée à la situation belge, cette interprétation aurait sans doute permis au gouvernement belge de garder un pouvoir de tutelle sur l'IBPT en ce qui concerne ses compétences postales.

La 4^e chambre de la Cour de justice semble néanmoins s'être écartée de l'approche fonctionnelle dans un arrêt subséquent⁵⁵. Cet arrêt a trait à une procédure de sélection et d'attribution de radiofréquences, que la réglementation européenne réserve aux « autorités compétentes »⁵⁶, et non aux ARNs. « Autorité compétente » est la dénomination des autorités réglementaires chargées de tâches dans des domaines qui ne sont que partiellement régi par la réglementation de l'Union, et restent donc principalement régi par les règles nationales. La directive « cadre » ne requiert pas pour les autorités compétentes une indépendance politique. Mais en Italie (comme en Belgique), la compétence d'assigner des radiofréquences a été attribuée à l'ARN. Cette dernière circonstance a suffi à la Cour pour estimer que l'indépendance de l'ARN « serait compromise s'il était permis à des entités extérieures, telles que le ministre du Développement économique et le législateur italiens dans l'affaire au principal, de suspendre, voire d'annuler [...], une procédure de sélection pour l'attribution des radiofréquences en cours organisée sous la responsabilité de ladite autorité ». Si un État membre donne des compétences d'autorités compétentes aux ARNs, l'obligation d'indépendance politique s'étendrait ainsi également à l'exercice de ces compétences additionnelles. Mais, de futurs nuancements ne sont pas exclus, car une généralisation de l'obligation d'indépendance politique de l'article 3, § 3bis, de la directive « cadre » à toute compétence additionnelle attribuée aux ARNs serait, comme mentionné ci-dessus, incompatible avec le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres.

Quel qu'il en soit, l'indépendance des ARNs ne fait pas obstacle à la possibilité pour les gouvernements d'introduire des recours juridictionnels

⁵⁵ C.J., arrêt du 26 juillet 2017, *Europa Way et Persidera c. Autorità per la Garanzie nelle Comunicazioni e.a.*, C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593, pt 56.

⁵⁶ En effet, l'article 9, § 1^{er}, de la directive « cadre » prévoit que « [...] les États membres [...] veillent à ce que l'attribution du spectre aux fins des services de communications électroniques et l'octroi des autorisations générales ou des droits individuels d'utilisation de telles radiofréquences par les "autorités nationales compétentes" soient fondés sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés ».

contre les décisions de celles-ci. En Belgique, la loi⁵⁷ prévoit explicitement que le ministre qui a les Télécommunications dans ses attributions peut introduire un recours contre les décisions de l'IBPT devant la Cour des marchés statuant comme en référé, compétence qu'il n'a pas encore exercée jusqu'à ce jour.

CHAPITRE 3. Le contrôle parlementaire

La Cour de justice a confirmé que « l'absence de toute influence parlementaire sur [les ARNs] ne saurait se concevoir »⁵⁸. L'arrêt vise les autorités de contrôle en matière de protection des données, mais le raisonnement nous semble aussi applicable aux autorités réglementaires des communications électroniques. Indépendance politique ne signifie pas affranchissement des lois et règles nationales. Les ARNs n'agissent bien évidemment que dans le cadre des compétences attribuées par et des procédures fixées par le droit national, et en particulier des dispositions nationales transposant les directives de l'Union européenne. Ainsi, l'IBPT n'est en principe pas liée par les objectifs de l'article 8 de la directive « cadre » (promotion de la concurrence, développement du marché intérieur, soutien des intérêts des citoyens de l'UE), mais seulement par les articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques⁵⁹ (ci-après « LCE »), qui le transpose en droit interne.

Toujours dans le même arrêt, la Cour a également ajouté qu'il découle du principe de démocratie⁶⁰ que « les personnes assumant la direction des autorités de contrôle peuvent être nommées par le parlement ou le gouvernement », que « le législateur peut définir les compétences desdites autorités » et qu'il « peut imposer aux autorités de contrôle l'obligation de rendre compte au parlement de leurs activités ». En ce qui concerne le service universel en Belgique, la Cour avait⁶¹ admis que le législateur

⁵⁷ Art. 2.1 § 1^{er}, second alinéa, de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, *err.* 4 juin 2003.

⁵⁸ C.J., arrêt du 9 mars 2010, C-518/07, *op. cit.*, pt 43.

⁵⁹ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

⁶⁰ « Le principe de démocratie relève de l'ordre juridique communautaire et a été consacré expressément à l'article 6, paragraphe 1, TUE comme l'un des fondements de l'Union européenne. En tant que principe commun aux États membres, il doit être pris en compte lors de l'interprétation d'un acte de droit dérivé », C.J., arrêt du 9 mars 2010, *op. cit.*, pt 41.

⁶¹ C.J., arrêt du 6 octobre 2010, *Base e. a. c. Ministerraad.*, C-389/08, ECLI:EU:C:2010:584.

pouvait, lui-même, exercer certaines fonctions d'autorité de régulation, sous réserve de respecter les conditions d'indépendance et de droit au recours contre ses décisions⁶². L'affaire en question datant d'avant l'adoption de la directive « mieux légiférer » on peut cependant se demander si cette jurisprudence n'est pas rendue caduque par les modifications de l'article 3 de la directive « cadre » intervenues en 2009⁶³.

En Belgique, le Conseil de l'IBPT, organe de direction du régulateur, doit établir tous les trois ans un plan stratégique qu'il présente à la Chambre des représentants. Il doit aussi publier annuellement un rapport sur ses activités et l'évolution des marchés des services postaux et des télécommunications. Dans le mois qui suit la publication de ce rapport les membres du Conseil sont entendus par la Chambre des représentants⁶⁴. Mais « même si le Parlement peut être informé de la façon dont les Autorités exercent leur pouvoir, les parlementaires ne pourraient tirer aucune conséquence de sanction de leur éventuelle désapprobation. Ils ne le pourraient qu'ultimement, en votant une loi nouvelle, laquelle n'est pas équivalente à l'idée d'une responsabilité politique, qui est attachée à la personne »⁶⁵, et entraîne la démission en cas de désaveu. En outre, la Cour de justice a jugé⁶⁶ qu'un Parlement ne peut limiter le pouvoir d'appréciation discrétionnaire des ARNs prévu notamment à l'article 15, § 3, et 16 (procédure relative aux entreprises puissantes sur un marché) de la directive « cadre ». De même, si la Cour accepte que le Parlement puisse – éventuellement à l'initiative du Gouvernement – remettre en cause l'existence même du régulateur lorsque le mandat du chef d'une ARN responsable de la régulation du marché est encore en cours, le Parlement ne peut, en raison de l'article 3, § 3*bis*, alinéa 2, de la directive « cadre »,

⁶² *Idem*, pts 44 et 45.

⁶³ En ce sens, voy. S. HOYNCK, « Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », *op. cit.*, p. 797. Voy. aussi le considérant 13 de la directive « mieux légiférer » : « une telle influence externe rend un organisme législatif interne impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire ».

⁶⁴ Art. 34 de la loi 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT. Pour des réflexions plus critiques à l'égard du contrôle parlementaire, voy. M. VAN BELLINGHEN, T. ZGAJEWSKI, *Les enjeux de la transposition en Belgique des nouvelles directives européennes sur les communications électroniques*, Gent, Academia Press, 2012, pp. 24-27 et A.-S. RENSON, « L'indépendance des autorités de régulation : la fin d'une controverse », obs. sous C. const., arrêt n° 130/2010, *J.T.*, 2011, pp. 349-350. Ces réflexions concernent prioritairement le secteur de l'énergie, mais peuvent être extrapolées au secteur des télécommunications.

⁶⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, n° 60, Sécurité et régulation financières, 2000 p. 90, http://www.persee.fr/doc/ecofi_0987-3368_2000_num_60_5_3648, consulté le 20 décembre 2017.

⁶⁶ C.J., arrêt du 3 décembre 2009, C-424/07, *op. cit.*, e.a. pt 106.

le faire que s'il prévoit « des règles qui garantissent que le congédiement avant l'échéance de leurs mandats ne porte pas atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des personnes concernées »⁶⁷.

CHAPITRE 4. Le contrôle juridictionnel

En vertu de l'article 4 de la directive « cadre », les États membres doivent veiller « à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération »⁶⁸ en cas de recours contre les décisions des ARNs⁶⁹. En outre, selon l'article 3, § 3*bis*, alinéa 1, seuls « les organismes de recours établis conformément à l'article 4 [de la directive "cadre"] ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmes les décisions prises par les autorités réglementaires nationales ».

En Belgique, les décisions de l'IBPT peuvent, selon la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours, faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés, section spécialisée au sein de la cour d'appel de Bruxelles⁷⁰. D'ailleurs, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 25 décembre 2016 portant notamment des dispositions diverses en matière de justice⁷¹ en janvier 2017 c'était la cour d'appel en tant que telle qui

⁶⁷ C.J., arrêt du 19 octobre 2016, C-424/15, *op. cit.*, pt 51.

⁶⁸ « *This phrase in Article 4 is a reaction to case law where national courts used their jurisdiction to annul NRA decisions on primarily formalistic grounds, which was seen as counterproductive* » (P. LAROCHE, M. DE VISSER, « The Triangular Relationship between the Commission, NRAs and National Courts Revisited », *op. cit.*, p. 141). En 2002, la Commission de l'UE regrettait en effet que : « les instances d'appel ont dans de nombreux cas eu pour pratique d'examiner les aspects de procédure plutôt que les questions de fond. Le nouveau régime devra remédier à cette situation. Les choses sont d'ailleurs déjà en train de changer : en France, par exemple, la cour d'appel, assistée par un expert, peut désormais juger du fond d'une décision de l'ARN, et plus seulement de sa légalité » (Commission européenne, Huitième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications, COM/2002/0695 final, 3 décembre 2002, p. 20).

⁶⁹ En vertu de l'article 4 de la directive « le droit de recours s'ouvre à tout utilisateur et à tout fournisseur de réseaux et services de communications électroniques qui est affecté par une décision de l'ARN: sur ce concept large qui dépasse le destinataire direct d'une décision, voy. C.J.C.E., arrêt du 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication c. Telekom-Control-Kommission*, C-426/05, ECLI:EU:C:2008:103, pts 39, 43-45 et C.J. arrêt du 22 janvier 2015, *T-Mobile Austria c. Telekom-Control-Kommission*, C-282/13, ECLI:EU:C:2015:24, pts 24, 39, 47 et 48.

⁷⁰ Article 2, § 1^{er}, de loi du 17 janvier 2003 déjà mentionnée. Les arrêts concernant les communications électroniques sont disponibles sur le site web de l'IBPT : <http://www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges>, consulté le 27 décembre 2012.

⁷¹ Loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 30 décembre 2016, voy. art. 59 et 112.

était spécifié comme instance de recours contre les décisions de l'IBPT par l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours⁷². La pleine juridiction⁷³ permet à la Cour de prendre en considération toutes les données factuelles pertinentes et toutes les règles de droit applicables, au moment de l'adoption de la décision, pour répondre aux moyens des parties. Ceci implique qu'en cas de motivation inadéquate d'une décision, l'ARN peut compléter⁷⁴ cette motivation dans le cadre de la procédure. Selon la Cour de Cassation, la pleine juridiction⁷⁵ signifie une compétence d' « annuler et de réformer les décisions de [l'ARN], de statuer sur le fond du litige en vérifiant la légalité externe et interne de ces décisions et en examinant si elles sont fondées en fait, procèdent de qualifications juridiques correctes et ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des éléments soumis à cette [ARN], [mais] elle ne lui permet pas

⁷² Notons que pour les recours contre les décisions de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) qui regroupe l'IBPT, le Vlaamse Regulator voor de Media, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le Medienrat, c'est la cour d'appel de Bruxelles en tant que telle qui reste compétente. En effet ces recours sont prévus par l'article 5, alinéa 3, de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 et une loi ne peut pas modifier unilatéralement un accord de coopération (voy. Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, *M.B.*, 28 décembre 2006, approuvé par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II), *M.B.*, 28 décembre 2006, art. 158).

⁷³ Sur le pouvoir de la cour d'appel de Bruxelles / Cour des marchés de réformer une décision d'une ARN et de la remplacer par la sienne, voy. Q. COPPIETERS 'T WALLANT, J. JOST, R. QUECK, « Communications électroniques », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)* (C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER coord.), *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, §§ 259-266 ; E. DEFREYNE, J. JOST, M. PIRON, R. QUECK, « Communications électroniques », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, H. JACQUEMIN et J.-F. HENROTTE (coord.), *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49, §§ 260-263 ; E. DEFREYNE, C. HOCEPIED, J. JOST, R. QUECK (collab. R. DEBILIO), « Communications électroniques », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information 2012-2014* (E. DEGRAVE, S. DUSOLLIER, A. CRUQUENAIRE coord.), *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, § 251.

⁷⁴ En principe, « le devoir de motivation formelle implique l'indication des motifs de droit et des motifs de fait sur l'*instrumentum* de l'acte qui a été adopté » (L. GÉRARD, « Robotisation des services publics : l'intelligence artificielle peut-elle s'immiscer sans heurt dans nos administrations ? », in H. JACQUEMIN, A DE STREEL (coord.), *L'intelligence artificielle et le droit*, coll. CRIDS, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 430). Mais en cas de recours de pleine juridiction « les vices formels qui affectent la décision de l'[ARN] ne peuvent entraîner son annulation s'ils sont susceptibles d'être corrigés par la cour d'appel de Bruxelles statuant sur le recours dirigé contre cette décision » (Cass., 23 mars 2017, R.G. n° C.15.0498.F, p. 51).

⁷⁵ À cet égard voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 10 janvier 2014, R.G. n° F.12.0081.F, p. 3.

de se placer sur le plan de l'opportunité »⁷⁶. Comment interpréter ce passage ? À la lumière de la position que la cour d'appel de Liège a pris dans une affaire fiscale, telle que résumée par la demanderesse dans un arrêt maintenu par la Cour de cassation, ceci signifie que le contrôle du pouvoir judiciaire est limité quand une disposition particulière confère explicitement un pouvoir discrétionnaire et souverain relatif à une décision qui doit être prise. Ainsi, la cour d'appel de Liège a décidé que : « tout ce qui relève du pouvoir d'appréciation du directeur tombe sous le contrôle du pouvoir judiciaire, *sauf lorsqu'une disposition particulière*, en l'espèce l'article 141*bis* précité, confère explicitement au directeur un pouvoir discrétionnaire et souverain relatif à une décision qui doit être prise, auquel cas le juge ne peut ni priver le directeur de son pouvoir d'appréciation ni se substituer à lui »⁷⁷. La Cour des marchés/d'appel ne peut donc pas non plus se substituer à l'ARN⁷⁸ dans son appréciation de l'opportunité d'imposer ou non des obligations en vertu de l'article 55, § 3, de la LCE⁷⁹ en matière de communications électroniques.

Cette limitation au contrôle par la cour d'appel des marchés restreint l'étendue des griefs d'annulation permis, principalement à ceux relatifs au fondement formel des décisions et à la compétence de l'ARN. La conséquence est que, comme Marie-Anne Frison-Roche⁸⁰ le regrettait à propos de la situation en France à la fin du siècle dernier, les juridictions d'appel ont tendance à privilégier une approche de contrôle formelle, qui se contente d'examiner le respect des limites des compétences attribuées, aux dépens de l'examen de la substance même des décisions prises et de leur finalité. Cette approche risque de limiter l'efficacité de l'application de la réglementation européenne.

⁷⁶ Cass. (1^{re} ch.), 23 mars 2017, R.G. n° C.15.0498.F, p. 58.

⁷⁷ Cass. (1^{re} ch.), 10 janvier 2014, R.G. n° F.12.0081.F, p. 3. Voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 25 avril 2014, R.G. n° C.13.0255.F, pp. 6 à 7 : « la cour d'appel n'a pas substitué sa propre appréciation des modalités d'exercice des pouvoirs conférés par la loi à la [Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz – CREG] mais a considéré, après avoir décidé que le principe d'impartialité objective s'opposait à ce que la [CREG] inflige une amende à [Electrabel], que l'application de ce principe à l'espèce n'empêchait pas la demanderesse d'atteindre le but recherché par l'article 26 de la loi Électricité ».

⁷⁸ M. VAN BELLINGHEN, T. ZGAJEWSKI, *Les enjeux de la transposition en Belgique des nouvelles directives européennes sur les communications électroniques*, *op. cit.*, p. 35, argumentent que la jurisprudence de la cour d'appel quant à l'étendue de sa compétence de révision dans le cadre de recours en pleine juridiction contre les décisions de l'ARN reposerait sur une interprétation *contra legem*.

⁷⁹ § 3. « Si l'Institut conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, [...] il décide d'imposer [...] les obligations visées aux articles 58 à 65 *qu'il estime appropriées* ».

⁸⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *op. cit.*, p. 89.

En Belgique, alors que la LCE permet par exemple dans son article 55 à l'IBPT d'adopter les mesures « qu'il estime appropriées », la Cour a par exemple annulé une obligation imposée à un opérateur puissant de donner accès à ses chambres de visites afin de permettre aux opérateurs tiers d'utiliser leur propre fibre d'introduction vers leurs clients. Selon la Cour, cette obligation relevait d'une erreur manifeste d'appréciation⁸¹ compte tenu des circonstances que l'IBPT admet « n'avoir pas reçu la moindre demande d'accès à ses chambres de visite par un opérateur alternatif depuis que la mesure lui a été imposée », ce qui « confirme l'absence de problème concret et réel auquel la mesure devait remédier ». Selon la Cour, il n'appartient en effet pas à l'autorité réglementaire de prévoir, au sein d'un marché réglementé, des obligations nouvelles, si celles-ci ne répondent pas à une demande ou à un problème identifié.

Ce raisonnement de la Cour pose problème pour quatre raisons. Premièrement parce que, la Cour ampute l'ARN d'une grande partie de sa compétence d'imposer des remèdes *ex ante*, car il est patent que les nouveaux entrants ne demandent des accès spécifiques qu'au fur et à mesure du déploiement de leurs services, dont ils ne peuvent prévoir le succès à l'avance. Si le fait qu'aucune entreprise ne fait encore usage d'un accès imposé démontrerait une erreur manifeste d'estimation, comment encore imposer des mesures *ex ante* ? Un des éléments constitutifs du pouvoir d'intervention *ex ante* des ARNs, est en effet de permettre à l'ARN de *prévenir* des restrictions de concurrence, telles que des refus d'accès, *avant* que ces restrictions ne se produisent.

Deuxièmement, la Cour dissocie indûment l'application des articles 5 et 55, § 3, de la LCE. L'article 5 de la LCE fonde le principe de proportionnalité dans les termes suivants : l'IBPT « prend toutes les mesures adéquates afin de réaliser les objectifs définis aux articles 6 à 8. Ces mesures sont basées sur la nature des problèmes constatés, sont appliquées proportionnellement et justifiées. Elles doivent être proportionnelles à ces objectifs, et respecter les principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de neutralité technologique ». Ces principes informent toutes les tâches assignées à l'IBPT dans les autres chapitres de la LCE, y compris l'article 55, § 3, sur lequel est fondé la décision annulée de l'IBPT. En vertu de cette disposition, quand l'IBPT « conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie [...] tout opérateur disposant individuellement ou conjointement avec d'autres d'une puissance significative sur ce marché, et décide d'imposer, de maintenir ou de modifier les obligations visées aux articles 58 à 65/1 qu'il estime appropriées ». Dans le cadre de l'article 55, § 3, les problèmes que l'IBPT

⁸¹ Bruxelles (19^e ch.), 7 juin 2017, n° 2013/AR/2233, pt 94.

doit constater dans la motivation de sa décision est donc qu'un marché n'est pas effectivement concurrentiel du fait de la présence d'un ou de plusieurs opérateurs puissants sur ce marché, « c'est-à-dire en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents » et pouvant par exemple leur refuser l'accès à ses chambres de visite. L'article 55, § 3, lu conjointement avec l'article 5 de la LCE ne requiert donc pas d'obligation d'identification d'un problème additionnel à l'existence de la puissance sur le marché permettant un refus d'accès.

Troisièmement, parce que la Cour ne contrôle pas le respect du principe de proportionnalité, c'est-à-dire n'examine pas dans quelle mesure l'obligation de donner accès à des chambres de visite est appropriée pour porter remède au problème de concurrence identifié et constitue le moyen le moins onéreux pour y arriver. Une telle analyse, pourtant effectuée dans des cas antérieurs⁸², aurait été plus au diapason avec le principe d'efficacité⁸³ qui sous-tend l'obligation de loyale coopération entre les États membres et l'Union européenne.

Enfin, si l'ARN attend que des distorsions de concurrence se matérialisent – des refus d'accès par l'opérateur puissant – afin de pouvoir démontrer l'existence d'un problème spécifique avant d'imposer le remède, l'ARN risque également l'annulation, car la Cour interprète strictement le délai de trois ans fixé à l'article 55, § 1, de la LCE comme limitant la compétence de l'ARN d'imposer de nouveaux remèdes dans le temps, à compter de la dernière analyse de marché. L'article 55, § 1, prévoit en effet que l'ARN effectue une analyse des marchés pertinents dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente décision concernant ce marché. La LCE n'instaure pas de sanction de nullité en cas de non-respect de ce délai. Mais la Cour se réserve⁸⁴ le droit de déterminer *au cas par cas* la

⁸² « 22. La décision litigieuse n'expose pas en quoi l'élimination des différentiels de charges de terminaison [...] répondrait au souci de l'IBPT de porter remède aux problèmes de concurrence identifiés dans la décision du 11 août 2006, à savoir : (i) le niveau élevé des prix de terminaison en termes absolus qui – du moins selon l'Institut – seraient répercutés sur les prix de détail des appels off net aboutissant sur le réseau de l'opérateur mobile appliquant des prix élevés, (ii) la présence de subventions croisées et le risque jugé suffisamment élevé en ce qui concerne [...] » (Bruxelles (18^e ch.), 4 avril 2008, n° 2007/AR/3394, pt 22).

⁸³ « Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union » (art. 4 TUE).

⁸⁴ « Il n'appartient pas, bien sûr, à l'[ARN] de déterminer elle-même les limites et sanctions des règles juridiques. Le contrôle de légalité effectué par la cour vise à s'assurer que les règles sont suivies. Le fait que la Directive "cadre" ne détermine pas une sanction spécifique de nullité pour le cas où il n'y a aucune nouvelle analyse de marché effectuée dans un délai de trois ans, n'empêche pas à la cour, au cas par cas, de juger de la sanction pour le non-respect des règles précitées [...] Les mesures tarifaires prises en dehors de la période

sanction quand l'ARN impose des obligations sur la base d'analyses de marché *désuètes*⁸⁵.

En tout état de cause, la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles contraste avec celle de la cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt de 1998 qui est toujours d'actualité, a jugé qu'un pouvoir pourtant non expressément conféré par la loi à l'ARN devait lui être reconnu parce qu'il lui était nécessaire pour remplir son office⁸⁶.

CHAPITRE 5. Le contrôle des Autorités Réglementaires Nationales par la Commission européenne

A. Le pouvoir d'appréciation des ARN est particulièrement grand en ce qui concerne la procédure visant à éviter que les entreprises puissantes sur le marché utilisent leur pouvoir de marché, c'est-à-dire leur dominance, afin de restreindre la concurrence ou d'empêcher son émergence⁸⁷. Cette

de trois ans après qu'une analyse de marché ait été effectuée ne sont plus supportées par des éléments ressortant d'une analyse de marché désuète » (Bruxelles (18^e ch.), 25 octobre 2017, n° 2017/8213, p. 52). Un raisonnement identique est repris dans les arrêts concernant la Région de langue néerlandaise, la Région bilingue de Bruxelles capitale ainsi que la Région de langue allemande.

⁸⁵ En considérant cette période de trois ans comme délai de rigueur, la Cour dénie la possibilité à l'ARN de refaire l'acte tardif en vertu de sa compétence de refaire les décisions annulées avec effet rétroactif, prévue par l'article 14, § 2, 6, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT.

⁸⁶ « Qu'il s'ensuit que l'Autorité est investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, *de manière à rendre effective la réalisation des travaux et des prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès au service de télécommunications* » (Paris (1^{re} ch.), arrêt du 28 avril 1998, *France Télécom c. sociétés Paris TV Câble (SLEC) et Compagnie Générale de Vidéocommunication (CGV)*, R.G. n° 97/17847, p. 12).

⁸⁷ Art. 14-16 directive « cadre » ; art. 8-13^{ter} directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), *J.O.C.E.*, L 108/7, 24 avril 2002, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/19/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/19/2009-12-19>, modifiée par la directive 2009/140/CE (directive « mieux légiférer ») ; art. 17 directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *J.O.C.E.*, L 108/51, 24 avril 2002, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/22/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/22/2016-04-30>, modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE

procédure contient trois étapes : 1. la détermination de marchés pertinents (c'est-à-dire il sur lesquels il pourrait y avoir un problème de concurrence et donc la présence d'une entreprise puissante), 2. l'analyse de ces marchés et, le cas échéant, désignation d'une entreprise puissante effectivement présente sur le marché et finalement 3. l'imposition d'obligations à cette entreprise (par exemple donner accès à son réseau) afin de promouvoir la concurrence. Dans ce domaine, les mécanismes de contrôle de l'action des ARN déjà discutés ci-dessus sont complétés par un mécanisme de supervision de la Commission européenne, la « procédure de consultation européenne » ou « procédure des articles 7 et 7bis »⁸⁸.

concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, L 337/11, 18 décembre 2009, *err. J.O.U.E.*, L 241/9, 10 septembre 2013, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/136/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/136/2009-12-19> et par le règlement (UE) 2015/2120 du Parlement et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, *J.O.U.E.*, L 310/1, 26 novembre 2015, *err. J.O.U.E.*, L 27/14, 03 février 2016, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/2120/oj>, ELI texte consolidé : <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/2120/2015-11-26>. Voy. aussi recommandation 2014/710/UE de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 295/79, 11 octobre 2014, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2014/710/oj>.

En ce qui concerne la LCE : art. 54-65/2. Notons que sur base de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 relatif aux communications électroniques un certain nombre de décisions en la matière sont en fin de compte pris par la CRC, mais alors exécutés par le régulateur qui était à la base de la décision concernée (art. 3-6 de l'accord de coopération).

⁸⁸ Voy. art. 141-144 LCE. Sur le champ d'application exact de cette procédure que dépasse quelque peu les questions de puissance significative sur le marché, voy. R. QUECK, A. DE STREEL, L. HOU, J. JOST, E. KOSTA, « The EU Regulatory Framework Applicable to Electronic Communications », in L. GARZANITI, M. O'REGAN (eds), *Telecommunications, broadcasting and the internet*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2010, pp. 82-83. Voy. égal. la recommandation 2008/850/CE du 15 octobre 2008 concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 301/23, 12.11.2008, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2008/850/oj> (applicable *mutatis mutandis*). D'avantage d'informations sur la procédure et ses résultats sont disponibles sur <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/art-7-consultation-procedures> (consulté le 27 décembre 2017).

L'article 7, § 3, de la directive « cadre » impose aux ARN de notifier leurs projets en la matière qui auraient une incidence sur les échanges entre États membres à la Commission, à l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)⁸⁹ et aux ARN des autres États membres qui tous disposent tous d'un mois pour adresser des observations à l'ARN concernée sur les projets notifiés.

L'article 7, § 4, de la directive « cadre » donne à la Commission le pouvoir de s'opposer (« veto »)⁹⁰ aux mesures envisagées par les ARNs concernant la détermination de marchés pertinents et la désignation d'opérateurs puissants sur ces marchés sur la base des méthodologies du droit de la concurrence, dans les cas où la Commission estime qu'elles feront « obstacle au marché unique ou si elle a de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire et en particulier avec les objectifs [du cadre réglementaire] ». La décision de veto est accompagnée d'une motivation détaillée ainsi que de propositions précises relatives aux modifications à apporter.

En ce qui concerne les obligations que les ARNs comptent imposer aux opérateurs puissants, l'article 7bis, § 5, de la directive « cadre » donne seulement le pouvoir à la Commission d'émettre une recommandation demandant à l'ARN concernée « de modifier ou de retirer le projet de mesure, y compris en présentant des propositions spécifiques à cet effet et les raisons justifiant sa recommandation ». Ces recommandations n'ont pas force contraignante. Tout au plus, le paragraphe 7 de cette article précise que lorsque l'ARN « décide de ne pas modifier ni retirer le projet de mesure sur la base de la recommandation [...], elle fournit une justification motivée ».

B. En vertu du principe d'autonomie administrative et juridictionnel, il appartient au juge national d'apprécier si la motivation, donnée par l'ARN en réponse à des observations reçues en vertu de l'article 7, § 3, de la directive, de la part de la Commission ou d'autres États membres, répond aux exigences du droit administratif⁹¹ et/ou économique national. En

⁸⁹ L'ORECE a été institué par le règlement n° 1211/2009 du 25 novembre 2009, *J.O.U.E.*, 18 décembre 2009, L 337, p. 1. Il regroupe les ARNs des États membres et comprend un conseil des régulateurs et des groupes de travail. La Commission participe, sans droit de vote, aux réunions du conseil des régulateurs. L'ORECE dispose d'un Office, établi à Riga en Lettonie, qui comprend un conseil d'administration et un directeur.

⁹⁰ Il ne s'agit pas d'une procédure d'approbation : « aucune disposition de la directive ["cadre"] ne prévoit que le fait que la Commission n'ouvre pas la deuxième phase de la procédure serait assimilé à une approbation du projet de mesure notifié autorisant l'ARN à agir » (T.P.I.C.E., ordonnance du 12 décembre 2007, T-109/06, *op. cit.*, pt 96).

⁹¹ En Belgique : art. 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991.

Belgique, la cour d'appel de Bruxelles place à cet égard la barre très haute, comme le démontre une série d'arrêtés prononcés le 25 octobre 2017. La Cour annule des décisions de l'ARN (en l'occurrence la CRC)⁹² pour violation des principes de prudence et de motivation parce que l'ARN estimait que les éléments de réponse aux observations de la Commission figuraient déjà dans le projet soumis à la Commission et qu'une modification de la motivation de la décision sur ce point était superflue⁹³. La Cour considère cependant que les principes de prudence⁹⁴ et de motivation requièrent

⁹² En l'occurrence la CRC.

⁹³ « Au cas où des observations sont formulées par la Commission Européenne, dans le cadre d'un avis non contraignant, l'autorité administrative est obligée de fournir, dans la décision définitive, une réponse motivée et concrète quant à ces observations. L'administration qui méconnaît ces obligations ne manque pas seulement à son obligation de prudence mais également à l'obligation de motivation formelle (articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs) » [Bruxelles (18^e ch.), 2017/8213, p. 34]. Le même raisonnement est repris dans les arrêtés concernant la Région de langue néerlandaise, la Région bilingue de Bruxelles capitale ainsi que la Région de langue allemande.

⁹⁴ La Cour se réfère à la jurisprudence du Conseil d'état en matière du principe de prudence ou de précaution (voy. note de bas de page n° 29 dans l'arrêt mentionné dans la note précédente « C.E. (10^e ch.), 1 février 2013, n° 222.344, CDPK 2014, 169 ; <http://www.raadvst-consetat.be>; TMR 2013, 253) », mais la Cour semble plus exigeante que le Conseil. En effet, l'arrêt auquel se réfère la Cour, constate une violation du principe de prudence en raison d'une erreur matérielle avérée (« 24. Wanneer voor een zone van het plan ten onrechte wordt aangenomen dat er zich inzake milieueffecten geen relevante wijziging voordoet, is de MER-screening onzorgvuldig uitgevoerd » [Lorsqu'il est supposé à tort, pour une zone du plan, qu'il n'y a pas de changement pertinent en ce qui concerne les effets sur l'environnement, l'étude d'impact environnemental a été effectué avec négligence – nous traduisons]). Dans d'autres arrêtés, le Conseil d'état a rappelé que le « principe de diligence, de prudence et de minutie » n'est pas en soi une règle de droit positif, mais seulement une ligne de conduite à suivre en vue d'éviter de commettre des illégalités, qui, elles, sont la violation de règles de droit » (C.E. (15^e ch.), 25 mars 2014, *s.a. Strabag Belgium*, n° 226.883, p. 5) ou « *Het feit dat de Raad van Beroep in de bestreden beslissing niet in detail ingaat op alle argumenten en feiten die verzoekster aanhaalde, maakt nog geen schending uit van de zorgvuldigheidsplicht. Uit de tweede bestreden beslissing blijkt in deze stand van het geding dat de Raad van Beroep te dezen de stukken van het dossier grondig heeft geanalyseerd en deze in haar besluitvorming heeft betrokken. Anders dan wat verzoekster betoogt, lijkt de Raad van Beroep aldus wel degelijk een eigen onderzoek te hebben gevoerd naar de argumentatie en de feitenvinding van de overheid en naar verzoeksters verweer. De verzoekster toont derhalve niet met concrete elementen aan dat de motieven van de tweede bestreden beslissing niet het resultaat zijn van een zorgvuldig onderzoek* » [Le fait que la chambre de recours ne traite pas en détail de tous les arguments et faits invoqués par la requérante dans la décision attaquée ne constitue pas une violation de l'obligation de diligence. Il ressort de la deuxième décision attaquée que, à ce stade de la procédure, la chambre de recours a analysé en profondeur les pièces du dossier et les a associées à sa prise de décision. Contrairement à ce que prétend le requérant, la chambre de recours semble donc avoir mené sa propre enquête sur l'argumentation et la constatation des faits par les autorités publiques et sur la défense du requérant. Par conséquent, la requérante ne démontre pas, avec des éléments de preuve spécifiques, que les motifs de la

qu'une réponse concrète et motivée soit donnée à chacune des observations faites par la Commission⁹⁵. En l'occurrence, la Cour estime d'ailleurs que l'ARN aurait dû fournir dans ce cadre des données sur les coûts des opérateurs puissants réglementés et non pas se contenter à prévoir une possibilité de révision des tarifs d'accès au cas où les coûts réels supportés par ses entreprises s'écartaient substantiellement des estimations utilisées, que la Commission européenne avait demandé de mieux fonder⁹⁶.

Par le biais des principes de bonne administration et de l'obligation de motivation par l'ARN en cas d'observations de la Commission, la Cour interfère avec le cœur du pouvoir discrétionnaire de l'ARN, à savoir le choix entre approches alternatives pour fixer des conditions tarifaires, et exerce indirectement un contrôle d'opportunité. Ce faisant, la Cour semble s'écarter dans les faits et en conséquence de sa jurisprudence antérieure selon laquelle « les observations que la Commission européenne formule [...] en réponse à la notification d'un projet de mesure [...] ne produisent pas d'effets juridiques contraignants pour l'ARN »⁹⁷. Cette jurisprudence était alignée sur celle du tribunal de première instance de l'UE, selon laquelle les commentaires de la Commission ne constituent pas des actes susceptibles de recours parce que ces observations ne sauraient être considérées comme produisant directement des effets sur la situation juridique des entreprises concernées⁹⁸.

L'approche de la cour d'appel de Bruxelles peut néanmoins s'expliquer par la faiblesse des moyens de contrôle attribué dans le cadre actuel à la Commission européenne pour s'assurer que les choix des ARNs en matière

deuxième décision attaquée ne résultent pas d'une enquête diligente – nous traduisons], C.E. (9^e ch.), 3 septembre 2013, *Sita Cornelissen*, n^o. 224.548, A. 207.593/IX-7914, pt 33. Voy. égal. D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration », *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, coll. Recyclages en droit, Limal, Anthemis, 2015, en particulier p. 27, pt 31.

⁹⁵ En l'espèce, on peut se demander si, au cas où la Commission européenne avait prévu la conséquence de ses observations, elles les auraient formulés dans les mêmes termes. La jurisprudence de la cour d'appel pourrait avoir un effet inhibitif sur la Commission, qui pourrait s'autocensurer ou utiliser des canaux plus informels, afin d'éviter le blocage de l'action régulatrice des ARNs aux dépens d'entrants sur le marché, de la concurrence et du libre choix des consommateurs.

⁹⁶ L'obligation pour l'ARN de se « conformer aux motifs d'annulation retenus par l'arrêt réduit la marge d'appréciation discrétionnaire de dont elle disposait et peut même aboutir à transformer sa compétence discrétionnaire en compétence liée » (X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 217).

⁹⁷ Bruxelles (18^e ch.), 30 juin 2009, n^o 949, 2006/AR/2332 conn. 2006/AR/2628 conn. 2006/AR/2629 conn. 227/AR/3394 conn. 2008/AR/425 conn. 2008/AR1427, p. 31.

⁹⁸ T.P.I.C.E., ordonnance du 12 décembre 2007, T-109/06, *op. cit.*, pts 160 et 161 et T.P.I.C.E., ordonnance du 22 février 2008, *Base c. Commission des Communautés européennes*, T-295/06, EU:T:2008:48, pts 121 et 122.

d'obligations réglementaire soient les plus adéquats pour atteindre les objectifs de la réglementation européenne, que les ARNs mettent en œuvre (en effet, rappelons qu'en ce qui concerne la détermination des marchés et la désignation des entreprises puissantes la Commission dispose d'un pouvoir de veto). En matière des obligations réglementaires, le juge national est aujourd'hui le seul véritable garde-fou contre la transformation du nécessaire pouvoir discrétionnaire des ARNs en pouvoir arbitraire.

Ceci pourrait changer si l'article 33, § 5, c), de la proposition visant à établir le code des communications électroniques européen, actuellement en discussion, est adopté. Cette disposition donnerait justement à la Commission le pouvoir d'adopter des décisions contraignantes demandant le retrait des obligations réglementaires envisagées, pour autant que l'ORECE, à la majorité de ses membres, partage les griefs de la Commission (« double lock veto »)⁹⁹.

Quelle sera la réaction de la Cour à l'introduction de cette nouvelle possibilité de veto et à sa mise en œuvre ? Il n'est pas certain que, en cas d'instauration d'un droit de veto au niveau européen contre les obligations envisagées par les ARNs, la cour d'appel de Bruxelles reconsidérerait l'étendue des exigences de motivation et de prudence¹⁰⁰ qu'elle impose actuellement à l'ARN, concernant des obligations qui ont fait l'objet de commentaires. En effet, même si un pouvoir veto est attribué à la Commission conjointement à l'ORECE, il est probable que la Commission continuera à faire des commentaires aux ARNs concernant des questions, par exemples d'ordre méthodologique, qui ne justifient pas, à elles seules, un veto.

Cette question a trait à la conception même que les conseillers de la cour d'appel de Bruxelles se font du rôle du juge dans ce domaine. La remarque de Pierre Larouche et Maartje de Visser – « *the role of the Commission under*

⁹⁹ Voy. ORECE, « BERC views on the double lock veto in the Commission's proposal and ITRE draft Report », 27 avril 2017, BoR (17) 89, http://berc.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berc/opinions/7035-berc-views-on-the-double-lock-veto-in-the-commission8217s-proposal-and-itre-draft-report, consulté le 27 décembre 2017.

¹⁰⁰ La doctrine est partagée sur le fondement de l'obligation de prudence. Ce principe est « parfois abordé sous l'angle du devoir général de prudence tiré de l'article 1382 du Code civil qui impose à l'autorité de se comporter comme toute autorité normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances le ferait, et auquel toute violation des principes de bonne administration peut finalement être ramenée » (D. DE JONGHE, P.-F. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration », *op. cit.*, p. 21). En tout état de cause, le principe général de prudence ne peut se voir attribuer une précedence sur les principes de sécurité juridique et de la confiance légitime qui selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle se voient accorder une valeur constitutionnelle. Voy. not. C. const., 31 mai 2011, *Steven Thomas*, n° 99/2011.

Article 7 of Directive 2002/21 and the role of national courts under Article 4 of that Directive need sorting out »¹⁰¹ – reste d'actualité brûlante, dix ans après avoir été écrite.

Conclusion

En 1989, Yves Poulet appelait de ses vœux des ARNs « au-delà de tout soupçon »¹⁰². À cette époque, la préoccupation principale était l'égalité des chances entre les anciens monopoles et les nouveaux entrants. Depuis lors, la directive « cadre » a chargé les ARNs de la poursuite d'objectifs nombreux, divers et non organisés selon une structure hiérarchique¹⁰³. Le large éventail d'objectifs permet aux ARNs, d'une part, d'adapter leurs interventions en concomitance avec l'évolution des marchés régulés et des techniques. Mais la diversité des objectifs implique, d'autre part, que les ARNs doivent et peuvent opérer une pondération entre ceux-ci pour déterminer les obligations imposées aux opérateurs de communications électroniques. Or, pareille pondération impliquant une priorisation de certains objectifs sociétaux au détriment d'autres est traditionnellement le domaine du politique qui dispose d'une légitimité démocratique à cette fin. La limite entre les tâches de régulation et la fonction politique devient ici très tenue. On pourrait dès lors se demander si laisser le dernier mot en matière de pondération des obligations réglementaires aux ARNs ne soulève pas une question de légitimité politique¹⁰⁴, même si ce pouvoir discrétionnaire a été confirmé par la Cour de justice.

Un contrôle juridictionnel ne résout pas la question de la légitimité politique des ARNs au regard de leur indépendance et large pouvoir d'appréciation dans certains domaines comme la réglementation des entreprises puissante. Est-ce que le juge aurait vraiment plus de légitimité que les ARNs pour imposer ses préférences et choix de valeur en matière d'objectifs sociétaux. L'indépendance des ARNs vis-à-vis de leur parlement et

¹⁰¹ P. LAROCHE, M. DE VISSER, « The Triangular Relationship between the Commission, NRAs and National Courts Revisited », *op. cit.*, p. 144.

¹⁰² Y. POULLET, *Séparation des fonctions et avants-projets*, papier de recherche interne au CRIDS, 1989, p. 10.

¹⁰³ Voy. R. QUECK *e.a.*, « The EU Regulatory Framework Applicable to Electronic Communications », *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁴ « [...] *being independent deprives these authorities from their political legitimacy because the bond connecting them with the will of the people is severed* » (M.-A. FRISON-ROCHE, « How should the powers of regulatory authorities be established in terms of law », *Revue d'économie financière*, n° 60, 2000, p. 88).

gouvernement responsable devant les électeurs, – aussi important qu’elle soit – ne peut donc en fin de compte se justifier que pour autant qu’elle soit nécessaire afin de garantir une harmonisation des approches nationales dans la poursuite des objectifs du cadre réglementaire. Ceci en vue de contribuer à « l’union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »¹⁰⁵, qui en tant que préambule du traité est un objectif sociétal ratifié par l’ensemble des États membres. Au plus complète l’indépendance des régulateurs vis-à-vis de leur parlement et gouvernement au plus fort le mécanisme de coordination devra être au niveau de l’Union pour assurer que cet objectif sociétal prime dans la régulation des communications électroniques. D’où la proposition de la Commission européenne de lui accorder un pouvoir de veto, à exercer ensemble avec les ARN des États membres réunis au sein de l’ORECE¹⁰⁶, à l’encontre d’obligations réglementaires envisagées par des ARN qui constitueraient notamment une entrave au marché unique ou ne seraient pas compatibles avec la législation de l’Union.

Ce pouvoir de veto, auquel le Conseil des ministres de l’Union s’oppose¹⁰⁷ cependant, donnerait la réponse la plus prometteuse à la question « *custodes quis custodiet* » : la tâche de « garder le gardien » revient aux autres ARN, ou pour le dire dans la langue de Juvenal : « *a collegis suis custos custodendus est* » !

¹⁰⁵ TFUE, préambule.

¹⁰⁶ Instaurant ce que les Anglo-Saxons appellent « Network Accountability » en compensation du manque de légitimité politique. Voy. S. DE SOMER, *Autonomous Public Bodies and the Law*, op. cit., pp. 266 et s.

¹⁰⁷ Voy. mandat de négociation de la délégation du Conseil ; document joint à Council of the European Union, Press Release, « New EU telecoms rules – Council ready to launch talks with Parliament », 574/17, 11.10.2017, disponible sous <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/10/11/new-eu-telecoms-rules/>, consulté le 27 décembre 2017.