

Numéro du rôle : 3851
Arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006

A R R E T

En cause : le recours en annulation des articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, introduit par le Gouvernement flamand.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents A. Arts et M. Melchior, et des juges P. Martens, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Moerman et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 16 janvier 2006 et parvenue au greffe le 17 janvier 2006, le Gouvernement flamand a introduit un recours en annulation des articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, (publié au *Moniteur belge* du 17 avril 2003, deuxième édition).

Le Gouvernement de la Communauté française a introduit un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Gouvernement de la Communauté française a également introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 13 septembre 2006 :

- ont comparu :

. Me B. Martel *loco* Me P. Van Orshoven, avocats au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;

. Me C. Doutrelepon et Me V. Chapoulaud, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement de la Communauté française;

- les juges-rapporteurs A. Alen et J. Spreutels ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *En droit*

- A -

Requête et mémoire en réponse du Gouvernement flamand

A.1.1. Le Gouvernement flamand renvoie à l'arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005 par lequel la Cour a annulé l'article 18 du décret de la Communauté flamande 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 » pour cause de violation des règles répartitrices de compétences.

A.1.2. L'article 18 annulé par la Cour introduisait une procédure de définition et d'analyse des marchés géographiques pertinents dans le secteur des réseaux de communications électroniques, modifiait le régime d'autorisation des fournisseurs d'un réseau câblé, instaurait un régime d'autorisation pour les réseaux de radiodiffusion numérique et les réseaux de télévision numérique, réglait l'usage de normes pour l'émission de signaux télévisés et donnait au Gouvernement flamand la possibilité d'édicter des règles relatives aux interfaces des programmes d'application et aux guides de programmes électroniques.

A.2. Le décret attaqué du 27 février 2003, qui à l'instar du décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 transpose un certain nombre de directives européennes, contiendrait des dispositions correspondant aux dispositions instaurées par ledit article 18 et annulées par la Cour d'arbitrage, à savoir les articles 81 à 83 (relatifs à l'exploitation des réseaux câblés), les articles 90 à 96 (relatifs à la compétence du régulateur pour définir et analyser les marchés pertinents et imposer des obligations aux opérateurs de réseau puissants sur le marché) et les articles 97 et 98 (relatifs à l'installation de réseaux câblés).

A.3. Selon le Gouvernement flamand, le recours en annulation est introduit dans les délais, puisque l'article 4, alinéa 1er, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage prévoit un nouveau délai de six mois pour l'introduction d'un recours en annulation d'une norme législative qui a, en tout ou en partie, le même objet qu'une norme adoptée par un autre législateur et annulée par la Cour. Ce délai prend cours à la date de la notification de l'arrêt rendu par la Cour. En l'espèce, l'arrêt n° 128/2005 a été notifié au Gouvernement flamand le 15 juillet 2005.

A.4. Le Gouvernement flamand invoque comme moyen unique la violation de l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la Constitution, de l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et du principe de proportionnalité. Il est d'avis que les dispositions attaquées, compte tenu de la convergence entre, d'une part, la radiodiffusion sonore et télévisuelle et, d'autre part, les télécommunications, sont applicables à l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, ce qui relèverait de la compétence fédérale résiduaire.

Le Gouvernement flamand fait référence à l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004. Il ressort de celui-ci que l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doit être réglée en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés. En réglant unilatéralement l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, les dispositions attaquées violeraient les règles répartitrices de compétences précitées.

A.5.1. Dans son mémoire en réponse, le Gouvernement flamand soutient que la thèse du Gouvernement de la Communauté française selon laquelle les dispositions attaquées ne portent que sur l'infrastructure de transmission traditionnelle existante est manifestement inexacte.

A.5.2. Ainsi qu'il ressort des arrêts n°s 132/2004 et 128/2005, les développements technologiques récents ont pour effet que la distinction entre, d'une part, la radiodiffusion et la télévision et, d'autre part, les télécommunications ne peut plus se faire sur la base de critères techniques comme l'infrastructure correspondante, les réseaux utilisés ou l'équipement final. On n'aperçoit dès lors pas en quoi le fait que le législateur décrétal ait eu l'intention de ne régler que l'infrastructure de transmission traditionnelle existante pourrait empêcher que les dispositions attaquées soient bel et bien applicables à l'infrastructure commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part. La déspecialisation de l'infrastructure et des réseaux conduit à ce que le réseau câblés et les ondes hertziennes soient également utilisés pour d'autres formes de télécommunications. Inversement, les réseaux de télécommunications classiques peuvent tout autant être utilisés pour la transmission de services audiovisuels. Par conséquent, les dispositions attaquées peuvent s'appliquer à l'infrastructure de transmission commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part.

Le Gouvernement flamand renvoie également au champ d'application du décret du 27 février 2003, tel qu'il est défini à l'article 2.

A.5.3. En outre, la notion de « réseau de radiodiffusion » est définie de façon quasi identique à la notion de « réseau de communications électroniques », utilisée à l'article 18 du décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 annulé par la Cour.

A.5.4. Enfin, le Gouvernement flamand souligne que la définition de la notion de réseau de télédistribution dans le décret du 27 février 2003 résulte également d'une modification apportée par le décret de la Communauté française du 22 décembre 2005. La suppression du terme « coaxial » élargit sensiblement le champ d'application de la notion de « réseau de télédistribution ».

A.6. Le fait que les dispositions attaquées auraient pour objet de définir de nouvelles fonctions afférentes ou accessoires à la radiodiffusion et à la télévision n'enlève rien au fait que leur contenu est analogue et identique, tout au moins en ce qui concerne le but normatif, aux dispositions de l'article 18 du décret du 7 mai 2004 annulé par la Cour. Cela n'est pas étonnant, dès lors que les deux décrets ont pour objet de transposer les mêmes directives européennes.

A.7. Selon le Gouvernement flamand, on ne peut pas davantage soutenir que les dispositions entreprises, dans la mesure où elles ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté française, seraient suspendues jusqu'à l'entrée en vigueur d'un accord de coopération restant à conclure. Les travaux préparatoires ne font apparaître nulle part qu'un accord de coopération serait encore conclu à propos des dispositions qui ne relèvent pas des compétences exclusives. En outre, les dispositions attaquées sont entrées en vigueur le 17 avril 2003. Enfin, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'on ne peut tenir compte d'un accord de coopération qui n'est pas encore entré en vigueur.

A.8. Au sujet de la demande du Gouvernement de la Communauté française fondée sur l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, le Gouvernement flamand s'en remet à la sagesse de la Cour.

Mémoire et mémoire en réplique du Gouvernement de la Communauté française

A.9. Selon le Gouvernement de la Communauté française, les articles 81 à 83 attaqués du décret du 27 février 2003 visent à garantir au public l'accès à une offre de base de services qui doivent obligatoirement être fournis (*must carry*). Les articles 90 à 95 du même décret attribuent au Collège d'autorisation et de contrôle la compétence de réguler l'accès de nouveaux opérateurs de réseau aux réseaux de radiodiffusion. L'article 96 autorise le Collège à imposer aux opérateurs de réseau puissants l'obligation de négocier de bonne foi avec tout distributeur de services et de réserver à ce dernier les mêmes conditions que celles dont ils bénéficient lorsqu'ils exercent eux-mêmes l'activité de distributeur de services. L'article 97 institue une déclaration préalable pour toute personne morale désirant exercer l'activité d'opérateur de réseau. L'article 98, enfin, reconnaît aux opérateurs de réseau le droit de faire effectuer les travaux inhérents à l'établissement et à l'entretien du réseau.

A.10.1. Selon le Gouvernement de la Communauté française, le Gouvernement flamand se méprend sur la portée de la jurisprudence de la Cour. Cette jurisprudence n'implique pas que l'infrastructure commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, relèverait de la compétence fédérale résiduaire, mais que cette infrastructure doit être réglée en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, afin d'éviter qu'elle soit soumise à des dispositions contradictoires.

A.10.2. La jurisprudence de la Cour doit être replacée dans son contexte. Le Gouvernement de la Communauté française souligne à cette fin le caractère évolutif de cette jurisprudence, en renvoyant aux arrêts n^{os} 7/90, 1/91, 109/2000, 92/2003, 132/2004 et 128/2005.

A.11. Selon le Gouvernement de la Communauté française, les dispositions attaquées ne règlent pas l'infrastructure commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part. Le législateur décrétaal aurait seulement visé les modes de transmission existants, à savoir la radiodiffusion par câble coaxial et par voie hertzienne. Le décret ne serait dès lors applicable qu'à ces modes de transmission, et non à l'infrastructure des télécommunications. Les matières ne relevant pas de la compétence exclusive de la Communauté française n'auraient pas été réglées, dans l'attente d'un accord de coopération entre les autorités compétentes. Le décret ne renvoie dès lors pas aux réseaux de communications électroniques.

A.12. De même, selon cette partie, le Gouvernement flamand soutiendrait à tort que les dispositions attaquées sont comparables à l'article 18 du décret du 7 mai 2004, annulé par l'arrêt n^o 128/2005. Elles se bornent, au contraire, à régler les fonctions des distributeurs de services et des opérateurs de réseau.

Les articles 75 à 80 du décret définissent le rôle des distributeurs de services et le régime général qui s'applique à eux. Les articles 81 à 83 attaqués contiennent les garanties minimales relatives aux services proposés au public, dans le but d'assurer aux spectateurs une offre variée. Ces dispositions ne règlent pas l'infrastructure de communications électroniques mais seulement le statut des distributeurs de services, ce qui relève de la compétence des communautés.

Les articles 90 à 98 du décret entrepris définissent le statut des opérateurs de réseau. Ils ne règlent pas l'infrastructure de communications électroniques.

Le législateur décréteil se serait borné à régler une série de nouveaux métiers, nés de l'avènement de l'ère numérique. Ainsi, un organisme de radiodiffusion devrait satisfaire aux obligations imposées aux distributeurs de services et aux opérateurs de réseau. Il ressortirait de la jurisprudence de la Cour que la définition des services qui constituent l'accessoire technique de la radiodiffusion relève de la compétence des communautés. Tel serait le cas de la définition des opérateurs de réseau et des distributeurs de services.

A.13. L'obligation de coopération ne s'applique, selon le Gouvernement de la Communauté française, qu'aux dispositions qui règlent l'infrastructure commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part. Elle ne s'appliquerait pas, selon cette partie, aux dispositions qui sont susceptibles d'être appliquées à cette infrastructure.

A.14. A titre subsidiaire, le Gouvernement de la Communauté française demande à la Cour, si elle devait décider l'annulation des dispositions attaquées, de maintenir, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, les effets des dispositions annulées.

- B -

Quant aux dispositions attaquées

B.1. Par application de l'article 4, alinéa 1er, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, la partie requérante demande l'annulation des articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion.

Ces dispositions sont libellées comme suit :

« Art. 81. § 1er. Les opérateurs de réseau visés à l'article 97 garantissent la distribution sur leurs réseaux d'une offre de base comprenant au moins les services visés à l'article 82.

L'offre de base est fournie par un distributeur de services. A défaut, les opérateurs de réseau sont tenus d'exercer l'activité de distributeur en fournissant l'offre de base.

§ 2. Tout distributeur ne peut proposer d'offre complémentaire de services qu'aux seuls abonnés à l'offre de base.

Art. 82. § 1er. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle suivants :

1° les services de la RTBF destinés prioritairement au public de la Communauté française;

2° les services des télévisions locales dans leur zone de couverture;

3° les services, désignés par le Gouvernement, des éditeurs de services internationaux au capital desquels participe la RTBF;

4° deux services du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre deux services de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté française;

5° un ou des services du service public de radiodiffusion de la Communauté germanophone pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre un ou des services de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté française.

§ 2. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle des éditeurs de services autorisés en vertu du présent décret et bénéficiant d'un droit de distribution obligatoire.

§ 3. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle désignés par le Gouvernement de tout éditeur de services de l'Union européenne et qui ont conclu avec celui-ci une convention relative à la promotion de la production culturelle en Communauté française et dans l'Union européenne prévoyant notamment une contribution financière à cette promotion.

§ 4. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion sonore suivants :

1° les services de la RTBF émis en modulation de fréquence;

2° deux services du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre deux services sonores du service public de radiodiffusion de la Communauté française;

3° un service du service public de radiodiffusion de la Communauté germanophone pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre un service sonore du service public de radiodiffusion de la Communauté française.

Art. 83. § 1er. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, peuvent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle suivants :

1° les services des télévisions locales hors de leur zone de couverture;

2° les services des éditeurs de services autorisés en vertu du présent décret et ne bénéficiant pas d'un droit de distribution obligatoire;

3° les services de tout éditeur de services établi dans un Etat membre de l'Union européenne;

4° les services de tout éditeur de services établi en dehors d'un Etat membre de l'Union européenne mais utilisant une radiofréquence ou une capacité satellitaire accordée par un Etat membre de l'Union européenne ou une liaison montante vers un satellite située dans un Etat membre de l'Union européenne;

5° les services de tout éditeur de services relevant d'un Etat partie à la convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière.

§ 2. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, peuvent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle des éditeurs de services non visés au § 1er, ayant conclu une convention avec le Gouvernement et désigné par celui-ci.

§ 3. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, peuvent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion sonore belges ou étrangers, édités par les éditeurs de services autorisés par l'Etat dans lequel ils sont établis.

§ 4. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, ne peuvent distribuer sur un même canal, les services visés au présent article que s'ils disposent de l'accord préalable des éditeurs de services concernés.

§ 5. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2e alinéa, peuvent distribuer sur deux canaux de la musique en continu, un service d'informations techniques, et un guide électronique de programmes ».

« Art. 90. § 1er. Après chaque publication par la Commission européenne de sa 'recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services', ou si les circonstances en Communauté française le justifient, le Collège d'autorisation et de contrôle définit les marchés géographiques pertinents ainsi que les marchés pertinents de réseaux, après avoir effectué les consultations visées à l'article 94.

On entend par marchés pertinents les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'une ou de plusieurs obligations parmi les obligations visées à l'article 96.

§ 2. Si le Collège d'autorisation et de contrôle entend définir des marchés pertinents de réseaux différents de ceux figurant dans la 'recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services', il applique en outre la procédure visée à l'article 95.

Art. 91. § 1er. Après chaque détermination des marchés pertinents de réseaux, le Collège d'autorisation et de contrôle effectue une analyse de ces marchés afin de déterminer s'ils sont effectivement concurrentiels.

§ 2. Si le Collège d'autorisation et de contrôle conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose aucune des obligations visées à l'article 96.

§ 3. Si le Collège d'autorisation et de contrôle conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie le ou les opérateurs de réseau puissants sur le marché et impose à ce ou ces opérateurs celles parmi les obligations visées à l'article 96 qu'il estime appropriées.

Un opérateur de réseau est considéré comme puissant sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, il se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs.

Pour chaque marché pertinent, le Collège d'autorisation et de contrôle publie la liste des opérateurs puissants sur le marché, ainsi que pour chaque opérateur de réseau la liste des obligations qui lui sont imposées.

§ 4. Les articles 94 et 95 s'appliquent à la désignation des opérateurs de réseau puissants sur le marché.

Art. 92. Pour l'application des articles 90 et 91, le Collège d'autorisation et de contrôle tient le plus grand compte des ' lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché ' publiées par la Commission européenne.

Art. 93. Les obligations énoncées à l'article 96 ne sont pas imposées aux opérateurs de réseau qui n'ont pas été désignés comme puissant sur le marché.

Par dérogation à l'alinéa 1er :

1° le Collège d'autorisation et de contrôle peut imposer une ou plusieurs des obligations énoncées à l'article 96 à des opérateurs de réseau qui n'ont pas été désignés comme puissants sur le marché lorsque cela est nécessaire en vue de se conformer à des engagements internationaux. L'article 94 s'applique à toute décision prise en vertu du présent alinéa.

2° le Collège d'autorisation et de contrôle peut imposer une ou plusieurs des obligations prévues à l'article 96 à tout opérateur de réseau qui contrôle l'accès à des utilisateurs finals dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la connectivité de bout en bout.

Art. 94. § 1er. Dans les cas prévus par la section première du présent chapitre, le Collège d'autorisation et de contrôle organise une consultation publique préalable dans le respect du caractère éventuellement confidentiel des informations d'entreprise qui lui ont été communiquées.

Le gouvernement fixe les modalités de la procédure de consultation publique.

§ 2. En outre, le Collège d'autorisation et de contrôle notifie sans délai le projet de décision à la Commission européenne et aux autorités réglementaires nationales des Etats membres.

§ 3. La notification visée au § 2 contient le projet de décision formellement motivée, dans le respect des dispositions garantissant le caractère éventuellement confidentiel des informations d'entreprise, ainsi que le délai de prise en considération des observations visé à l'alinéa suivant.

§ 4. Le Collège d'autorisation et de contrôle prend en considération les observations qui lui sont adressées par la Commission européenne et par les autorités réglementaires nationales des Etats membres avant l'expiration du délai fixé pour la consultation publique. Ce délai ne peut toutefois être inférieur à un mois à compter de la notification visée au paragraphe premier.

§ 5. A l'exception du cas visé à l'article 95, § 2, le Collège d'autorisation et de contrôle prend sa décision au terme de la consultation publique et la notifie à la Commission européenne.

Art. 95. § 1er. Sur décision de la Commission européenne prise dans le délai fixé à l'article 94, § 4, le Collège d'autorisation et de contrôle prolonge celui-ci de deux mois lorsque son projet de décision a pour objet de :

1° définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés par la Commission européenne dans sa ' recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services ';

2° ou désigner un opérateur puissant sur le marché.

§ 2. Le Collège d'autorisation et de contrôle s'abstient de prendre la décision envisagée si, dans le délai tel que prorogé en vertu du § 1er, la Commission européenne s'y oppose par une décision motivée de façon circonstanciée et objective en formulant des propositions précises de modifications.

Art. 96. Le Collège d'autorisation et de contrôle peut imposer à tout opérateur de réseau puissant sur le marché une obligation de négocier de bonne foi avec tout distributeur de services déclaré en vertu de l'article 75 demandant un accès à son ou ses réseaux.

Dans le cadre de ces négociations, le Collège d'autorisation et de contrôle peut imposer aux opérateurs de réseau puissants sur le marché des obligations qui les empêchent d'imposer des conditions déraisonnables ou discriminatoires. En particulier, tout opérateur de réseau puissant sur le marché peut être contraint par le Collège d'autorisation et de contrôle à ne pas imposer à un distributeur de services tiers des conditions plus strictes qu'il s'impose à lui-même lorsqu'il exerce l'activité de distributeur de services.

Le Collège d'autorisation et de contrôle peut contraindre tout opérateur de réseau puissant à ce que tout refus d'accès soit notifié au plus tard dans les trois mois qui suivent la date de la demande introduite par le distributeur de services. Ce refus est formellement motivé.

Le Collège d'autorisation et de contrôle peut exiger de tout opérateur de réseau puissant que lui soient fournies à sa demande ou que soient rendues publiques des informations bien définies telles que les informations comptables, dont les données concernant les recettes provenant de tiers, les spécifications techniques, les caractéristiques du réseau, les modalités et conditions de fourniture et d'utilisation et des prix.

Art. 97. § 1er. Toute personne morale souhaitant exercer l'activité d'opérateur de réseau de télédistribution doit, dans le mois à dater du lancement de son activité, en faire la déclaration auprès du Gouvernement et du Collège d'autorisation et de contrôle.

§ 2. La déclaration comporte les éléments suivants :

1° les données d'identification de la personne morale ainsi que son adresse;

2° la description du ou des réseaux de télédistribution;

3° la date du lancement de l'activité.

Toute modification de ces éléments doit être notifiée au Gouvernement et au Collège d'autorisation et de contrôle.

§ 3. Le Gouvernement arrête le modèle de la déclaration.

Art. 98. § 1er. Les opérateurs de réseau ont le droit de faire exécuter, à leurs frais, sur ou sous les places, routes, rues, sentiers, cours d'eau et canaux faisant partie du domaine public tous travaux inhérents à l'établissement et à l'entretien de câbles et équipements connexes de leurs réseaux de télédistribution, à condition de se conformer aux lois et arrêtés relatifs à l'utilisation du domaine public et de respecter l'usage auquel il est affecté.

Avant d'user de ce droit, l'opérateur intéressé devra soumettre à l'approbation de l'autorité dont relève le domaine public, le tracé de l'emplacement et les détails d'installation des conducteurs.

Cette autorité devra statuer dans les trois mois de la date d'envoi du tracé et donner notification de sa décision à l'opérateur intéressé. Passé ce délai, le silence de l'autorité vaut approbation.

En cas de contestation persistante, il est statué en l'affaire par arrêté du Gouvernement.

Les autorités publiques ont, en tout cas, sur leur domaine respectif, le droit de faire modifier ultérieurement les dispositions ou le tracé d'une installation, ainsi que les ouvrages qui s'y rapportent. Si les modifications sont imposées soit pour un motif de sécurité publique, soit pour préserver un site, soit dans l'intérêt de la voirie, des cours d'eau, des canaux ou d'un service public, soit comme conséquence d'un changement apporté par les riverains aux accès des propriétés en bordure des voies empruntées, les frais de travaux sont à charge de l'opérateur; dans les autres cas, ils sont à charge de l'autorité qui impose les modifications. Celle-ci peut exiger un devis préalable et en cas de désaccord, faire exécuter elle-même les travaux.

§ 2. Les opérateurs ont également le droit d'établir à demeure des supports et des ancrages pour les câbles et équipements connexes de leurs réseaux de télédistribution sur les murs et façades donnant sur la voie publique et d'établir leurs câbles dans un terrain ouvert et non bâti ou de les faire passer sans attache ni contact au-dessus des propriétés privées.

Les travaux ne pourront commencer qu'après une notification dûment établie, faite par écrit aux propriétaires suivant les données du cadastre, aux locataires et aux habitants. L'exécution de ces travaux n'entraîne aucune dépossession.

La fixation de supports et d'ancrages sur les murs ou façades ne peut faire obstacle au droit du propriétaire de démolir ou de réparer son bien.

Les câbles souterrains et supports établis dans un terrain ouvert et non bâti devront être enlevés à la demande du propriétaire, si celui-ci use de son droit de construire ou de se clore; les frais d'enlèvement seront à charge de l'opérateur.

Le propriétaire devra toutefois prévenir l'opérateur sous pli recommandé à la poste, au moins trois mois avant d'entreprendre les travaux visés aux alinéas 3 et 4.

§ 3. Les indemnités pour dommages résultant de l'établissement ou de l'exploitation d'un réseau de télédistribution sont entièrement à charge de l'opérateur qui reste responsable de toutes les conséquences dommageables envers les tiers.

§ 4. L'opérateur de réseau est tenu de donner une suite immédiate à toute réquisition de l'Institut Belge des services postaux et de télécommunication ou de tout service ou entreprise de distribution d'énergie électrique, en vue de faire cesser sur-le-champ toute perturbation ou influence nuisible dans le fonctionnement des installations téléphoniques, télégraphiques ou de distribution d'énergie électrique. Faute de satisfaire à cette réquisition, les mesures jugées nécessaires, y compris le déplacement des câbles et équipements connexes seront ordonnées par les services ou entreprises intéressés, aux frais, risques et périls de l'opérateur ».

Quant au fond

B.2. Selon la partie requérante, les dispositions attaquées violeraient l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la Constitution, l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et le principe de proportionnalité, en tant qu'elles régleraient unilatéralement l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part.

B.3.1. Dans son arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, la Cour a jugé comme suit :

« 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 radioélectriques, 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 compétences en matière de radiodiffusion et de télévision.

La convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences, l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés 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 92*bis* 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 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 ».

B.3.2. Par l'arrêt précité, la Cour a annulé l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 « relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges ». C'est sur la base de considérations analogues que la Cour, par son arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005, a annulé l'article 18 du décret de la Communauté flamande 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 ».

B.4. Il ressort de ce qui précède que l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doivent être réglés en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires.

B.5. Selon le Gouvernement de la Communauté française, les dispositions attaquées ne régleraient pas l'infrastructure commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, et le législateur décréteil aurait seulement visé les modes de transmission existants, à savoir la radiodiffusion par câble coaxial et par voie hertzienne. Les matières ne relevant pas de la compétence exclusive de la Communauté française n'auraient toutefois pas été réglées, dans l'attente d'un accord de coopération entre les autorités compétentes.

B.6.1. Les dispositions attaquées contiennent des règles pour les « opérateurs de réseau » et les « distributeurs de services ».

B.6.2. Ainsi, les opérateurs des réseaux de télédistribution doivent garantir la distribution sur leur réseau d'une offre de base de services, fournie par un distributeur de services. A défaut de distributeur de services, les opérateurs de réseau sont tenus d'exercer l'activité de distributeur en fournissant l'offre de base (article 81, § 1er).

Les distributeurs de services doivent distribuer un certain nombre de services de radiodiffusion télévisuelle et sonore (article 82) et peuvent distribuer des services complémentaires (article 83).

B.6.3. Les articles 90 à 96 fixent les procédures de définition et d'analyse des marchés pertinents et de détermination des opérateurs de réseau « puissants sur le marché » et prévoient la possibilité d'imposer à ces derniers des obligations complémentaires.

Conformément à l'article 97, toute personne morale souhaitant exercer l'activité d'opérateur de réseau de télédistribution doit faire une déclaration préalable auprès du Gouvernement de la Communauté française et du Collège d'autorisation et de contrôle.

L'article 98 accorde, sous certaines conditions, aux opérateurs de réseau le droit de faire exécuter sur le domaine public des travaux inhérents à l'établissement et à l'entretien des câbles et équipements connexes de leurs réseaux de télédistribution.

B.7.1. L'article 1er, 22°, du décret du 27 février 2003 définit un « opérateur de réseau » comme suit :

« toute personne morale qui assure les opérations techniques d'un réseau de radiodiffusion nécessaires à la transmission et la diffusion auprès du public de services de radiodiffusion ».

L'article 1er, 35°, du même décret définit un réseau de radiodiffusion comme suit :

« 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 porteurs de services de radiodiffusion par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

B.7.2. L'article 1er, 12°, du même décret définit un « distributeur de services » comme suit :

« toute personne morale qui met à disposition du public un ou des services de radiodiffusion de quelle que manière que ce soit et notamment par voie hertzienne terrestre, par satellite ou par le biais d'un réseau de télédistribution. L'offre de services peut comprendre des services édités par la personne elle-même et des services édités par des tiers avec lesquels elle établit des relations contractuelles.

Est également considérée comme distributeur de services, toute personne morale qui constitue une offre de services en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs ».

B.8. Il résulte de ce qui précède que les dispositions attaquées ont une portée générale et s'appliquent à l'infrastructure et aux services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part.

B.9.1. L'article 1er, 36°, du décret du 27 février 2003, avant sa modification par l'article 1er du 22 décembre 2005 « modifiant le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion », définit un « réseau de télédistribution » comme suit :

« réseau de radiodiffusion mis en œuvre [...] dans le but de transmettre au public par câble coaxial des signaux porteurs de services de radiodiffusion ».

Contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement de la Communauté française, cette définition n'est pas de nature à apporter une conclusion différente de celle formulée en B.8 : il n'est, en effet, pas exclu que cette infrastructure soit également utilisée pour les télécommunications.

B.9.2. La Cour constate en outre que l'article 1er du décret précité du 22 décembre 2005 a supprimé le mot « coaxial » à l'article 1er, 36°, du décret du 27 février 2003.

Cette modification a été justifiée de la façon suivante :

« La modification proposée supprime la référence au seul câble coaxial lorsqu'il est fait référence à la distribution par câble de services de radiodiffusion. Si ce type de câble est historiquement lié à la distribution par câble en Belgique, le développement récent de technologies de transport de services de radiodiffusion via le réseau téléphonique implique l'adaptation de la définition du réseau de télédistribution en supprimant toute référence au câble coaxial. [...] » (*Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005-2006, n° 178/1, p. 4).

B.10. En tant que les dispositions attaquées ont une portée générale et s'appliquent à l'infrastructure et aux services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, le législateur décrétoal, en réglant unilatéralement cette infrastructure et ces services, a violé les règles répartitrices de compétences.

B.11. Le moyen unique est dès lors fondé. Par conséquent, les dispositions attaquées doivent être annulées.

B.12. Afin de permettre au législateur décrétoal d'adopter une nouvelle réglementation, moyennant le respect de la nécessité de coopération mentionnée en B.4, 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 mars 2007.

Par ces motifs,

la Cour

- annule les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion;

- maintient les effets des dispositions annulées jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord, visée en B.4, et au plus tard jusqu'au 31 mars 2007.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 8 novembre 2006.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts