

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 126.156 du 8 décembre 2003

A. 83.452/XV-279
(anciennement VI-15.054)

En cause : **S.A. MOBISTAR,**
 ayant élu domicile chez
 Mes J.-P. BOURS & M. DELNOY, avocats,
 rue Simonon 13
 4000 Liège,

contre :

La commune de Fléron.
 ayant élu domicile chez
 Me M. VANKAN, avocat,
 rue Voie des Prés 79
 4000 Liège,

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 12 avril 1999 par la S.A. MOBISTAR, qui demande l'annulation de la taxe sur les pylônes, mâts et antennes de diffusion pour GSM adoptée par le conseil communal de Fléron le 27 janvier 1998;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de Mme BEECKMAN de CRAYLOO, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 20 mars 2003 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la requérante;

Vu l'ordonnance du 4 octobre 2003, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 14 novembre 2003;

Entendu, en son rapport, M. QUERTAINMONT, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Mes A. WILLIQUET, A. VALERY & M. DELNOY, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et Me Ch. LEPINOIS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, Mme BEECKMAN de CRAYLOO, premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

1. Le conseil communal de Fléron a adopté, en sa séance du 27 janvier 1998, un règlement-taxé sur les pylônes, mâts et antennes de diffusion pour GSM.

L'imposition est établie à partir du 1^{er} janvier 1998 et pour une période de trois ans expirant le 31 décembre 2000. La taxe s'élève à 100.000 francs par pylône, mât ou antenne et est due par le propriétaire de ceux-ci.

2. Le règlement-taxé a été admis par l'autorité de tutelle, la députation permanente du conseil provincial de Liège, le 16 avril 1998.

Conformément à l'article 112 de la nouvelle loi communale, le texte du règlement-taxé, qui constitue l'acte attaqué par le recours, a été affiché le 1^{er} mars 1999;

Considérant qu'un premier moyen de la requête est pris de la violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution, en ce que la taxe instaurée frappe, en droit comme en fait, un redevable unique, à savoir la société requérante, et en ce que la taxe frappe exclusivement les propriétaires des pylônes, mâts et antennes GSM, sans toucher d'autres systèmes comparables;

Considérant qu'un deuxième moyen est pris de la violation du principe de proportionnalité, du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et du principe

d'égalité et de non-discrimination contenu dans les articles 10, 11 et 172 de la Constitution; que la société requérante soutient que le montant de la taxe litigieuse de 100.000 francs par pylône, mât ou antenne représente «un montant exagérément élevé», alors que le pouvoir taxateur d'une commune est limité par l'obligation de fixer un montant proportionnel à la capacité contributive des contribuables; qu'elle souligne à cet égard qu'il n'y pas de rapport raisonnable entre la rentabilité d'un pylône et le montant de la taxe et qu'il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des charges qu'elle a consenties pour la mise en place de son réseau, dont un montant de 9 milliards de francs payé au titre de droit unique de concession, ainsi que la possibilité que toute commune belge établisse une taxe sur la même base, ce qui pourrait porter le chiffre total de telles taxes communales à 120 millions de francs;

Considérant qu'un troisième moyen est pris de «la violation des articles 41, 162 et 170, § 4, de la Constitution et du principe quasi-constitutionnel de territorialité de l'impôt communal»; que la société requérante fait valoir que la taxe litigieuse frappe moins un bien qu'une activité, en l'occurrence l'activité de mobilophonie, et que celle-ci n'est pas localisable sur le territoire d'une commune déterminée mais s'étend sur l'ensemble du territoire national; qu'elle en déduit que le principe de territorialité de l'impôt s'oppose à ce qu'une commune taxe des activités qui ne peuvent être clairement localisées sur son territoire et qui relèvent d'une personne morale qui n'entretient aucun lien particulier avec cette commune;

Considérant que la société requérante prend également un quatrième moyen de la violation du «principe général d'absence de taxation des biens affectés aux activités relevant du service public, lu seul ou en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution», en ce que la taxe contestée frappe notamment des biens affectés à l'activité de mobilophonie, «qui relève à l'évidence du concept de service public»; qu'elle souligne que la jurisprudence admet que les biens du domaine privé de l'Etat, des provinces et communes, affectés à un service d'utilité publique participent, tant que dure cette affectation, de la nature du domaine public et ne sont pas imposables, en sorte que l'on n'aperçoit pas pourquoi un bien affecté à une activité identifiée comme relevant du service public mais exercée par un opérateur privé, ne serait pas également exonéré d'impôt;

Considérant qu'un cinquième moyen est pris de la violation du «principe général selon lequel un impôt frappant une activité doit se fonder sur des indices exacts et justifiés de cette activité»; qu'après avoir rappelé son argumentation développée à l'appui du troisième moyen, à savoir que la taxe litigieuse frappe en réalité moins un bien

qu'une activité, la requérante soutient que les pylônes, mâts et antennes GSM ne constituent pas un indice justifiable de l'activité imposée; qu'elle en déduit qu'il n'existe pas de rapport exact et justifié entre, d'une part, la présence d'un pylône GSM ou leur nombre et, d'autre part, l'activité de service public de mobilophonie, laquelle est essentiellement fonction de l'ampleur quantitative et qualitative des communications mobilophoniques;

Considérant que la requérante prend encore un moyen, le sixième de sa requête, de «la violation des dispositions européennes et nationales relatives à l'instauration d'un réseau de mobilophonie de qualité et dispensé de restrictions, notamment l'article 3^{quater} de la directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication et l'article 5 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie»; que la société requérante voit dans le règlement-taxe attaqué une restriction au développement de son réseau de mobilophonie, restriction interdite notamment par l'article 3^{quater} de la directive 90/388, précitée, qui dispose que les Etats membres doivent assurer la levée de toutes les restrictions imposées aux opérateurs de systèmes de communications mobiles et personnelles en ce qui concerne la création de leur propre infrastructure; qu'elle souligne que l'article 5 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 l'oblige à un développement minimal de la couverture assurée par son réseau et que l'on ne voit pas comment l'on ne pourrait qualifier autrement que de «restriction» la taxe attaquée, qui rentre dans la catégorie financière des restrictions prohibées; qu'elle ajoute que pour soutenir qu'une restriction existe vis-à-vis du développement de son réseau de mobilophonie, il n'est pas requis d'établir qu'il y aurait impossibilité de développer ce réseau et qu'une «restriction ne correspond pas à un obstacle insurmontable»;

Considérant qu'un septième et dernier moyen est pris de la violation des articles 10, 11, 41, 162, 170, § 4, et 172 de la Constitution, en ce que la taxe litigieuse «est essentiellement instaurée du fait de prétendus inconvénients présentés par les pylônes, mâts et antennes GSM et par l'atteinte à l'environnement dont ils sont la cause»; que la société requérante fait valoir, en substance, que la partie adverse ne démontre pas l'existence des inconvénients qu'elle invoque et qu'en réalité ces inconvénients sont scientifiquement inexistantes, que le principe d'égalité et de non-discrimination s'oppose à ce que seuls les pylônes GSM soient imposés, à l'inverse notamment des radars ou des émetteurs de radio télédiffusion, et qu'enfin l'autorité communale ne peut utiliser son pouvoir de taxation dans le but d'accomplir une mission extra-fiscale, a fortiori lorsqu'elle entend agir dans un domaine spécialement réglementé par l'autorité nationale ou régionale, c'est-à-dire la police des télécommunications et celle de l'environnement;

Considérant, en ce qui concerne spécialement le sixième moyen soulevé par la société requérante, que la directive 96/2/CEE a inséré dans la directive 90/388 un article 3^{quater}, libellé ainsi qu'il suit :

«Les Etats membres assurent la levée de toutes les restrictions imposées aux opérateurs de systèmes de communications mobiles et personnelles en ce qui concerne la création de leur propre infrastructure, l'utilisation d'infrastructures tierces et le partage d'infrastructures, d'autres installations et de sites, sous réserve qu'ils limitent l'utilisation de ces infrastructures aux activités couvertes par leur licence ou autorisation»;

Considérant que la question de savoir si le règlement-taxe attaqué est ou non contraire à la directive 96/2/CEE, en tant que celle-ci interdit les restrictions au développement des réseaux de communications mobiles, implique une interprétation du terme «restriction»; que si ce terme n'est défini ni à l'article 1^{er} ni à l'article 3^{quater} de la directive 90/388/CEE, les considérants figurant dans le préambule de cette dernière paraissent indiquer que les restrictions visées sont d'ordre technique, puisqu'est évoquée par exemple *«l'élimination des restrictions à la liberté pour les opérateurs d'exploiter et de développer leur réseau»* (considérant 1) ainsi que la circonstance que *«l'octroi de licences reste (...) soumis à des restrictions techniques telles que l'interdiction d'utiliser une infrastructure différente»* (considérant 4); que toutefois, rien ne permet de conclure que les restrictions devant être levées par les Etats seraient exclusivement d'ordre technique ni que l'énumération des restrictions techniques figurant au préambule de la directive serait exhaustive; qu'en effet, l'article 3^{quater} de la directive vise expressément «toutes» les restrictions à l'infrastructure, en sorte qu'un doute raisonnable subsiste quant au point de savoir si cet article 3^{quater} est également susceptible de viser des mesures d'ordre fiscal s'appliquant à des infrastructures de communications mobiles;

Considérant que le Conseil d'Etat n'est pas en mesure de se prononcer sur le bien-fondé du sixième moyen sans faire application d'une norme de droit communautaire dont la portée est contestée par les parties et qui soulève un problème d'interprétation; qu'il en va d'autant plus ainsi que la question de la compatibilité de la taxe contestée avec le droit communautaire primaire, en l'occurrence l'article 49 du Traité CE, qui servirait de fondement à la directive 96/2/CE, pose également problème; qu'il y a dès lors lieu, en application de l'article 234 du Traité de Rome, de poser à la Cour de justice des Communautés européennes les questions préjudicielles formulées dans le dispositif du présent arrêt,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

Les questions préjudicielles suivantes sont posées à la Cour de justice des Communautés européennes :

«- L'article 49 du Traité CE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une réglementation d'une autorité nationale ou d'une collectivité locale instaure une taxe sur les infrastructures de communications mobiles et personnelles utilisées dans le cadre de l'exploitation des activités couvertes par les licences et autorisations ?»;

«- L'article 3^{quater} de la directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, inséré par la directive 96/2/CEE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, en tant que cet article vise la levée de «toutes les restrictions», s'oppose-t-il à ce qu'une réglementation d'une autorité nationale ou d'une collectivité locale instaure une taxe sur les infrastructures de communications mobiles et personnelles utilisées dans le cadre de l'exploitation des activités couvertes par les licences et autorisations ? ».

Article 3.

Après la réception de l'arrêt de la Cour de justice, le membre de l'auditorat désigné par M. l'Auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le huit décembre deux mille trois par :

M. HANOTIAU,	président de chambre,
M. QUERTAINMONT,	conseiller d'Etat,
M. NIHOUL,	conseiller d'Etat,
Mme VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

F. VAN HOVE.

M. HANOTIAU.