

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 126.157 du 8 décembre 2003

A. 76.817/XV-12

En cause :

S.A. BELGACOM MOBILE,

ayant élu domicile chez
Mes H. DE BAUW & Ph. CARREAU, avocats,
avenue du Port 16
1080 Bruxelles,

contre :

la commune de Schaerbeek,

ayant élu domicile chez
Mes J. BOURTEMBOURG & N. FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 décembre 1997 par la S.A. BELGACOM MOBILE, qui demande l'annulation du règlement-taxe sur les antennes extérieures, adopté par le conseil communal de Schaerbeek le 8 octobre 1997 modifiant le règlement-taxe sur les antennes paraboliques adopté par le même conseil communal le 1^{er} mars 1995;

Vu l'arrêt n° 100.117 du 23 octobre 2001 rejetant l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse et ordonnant la réouverture des débats;

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 6 mars 2003 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 18 septembre 2003, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 14 novembre 2003;

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

Entendu, en leurs observations, Me L. TIRTIAUX, loco Me H. DE BAUW, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me J. BOURTEMBOURG, 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 Schaerbeek a adopté, en sa séance du 8 octobre 1997, un règlement-taxé relatif à la taxe sur les antennes extérieures, modifiant le règlement-taxé relatif aux antennes paraboliques, adopté par ce même conseil communal en sa séance du 1^{er} mars 1995.

L'imposition est annuelle et est établie pour les exercices 1997 à 1999 sur les antennes extérieures. Par antenne extérieure, il faut entendre non seulement les antennes paraboliques mais aussi les antennes relais GSM ou autres. Le taux de la taxe est fixé à 100.000 francs par antenne relais GSM et à 5.000 francs par antenne parabolique ou autre.

2. Le règlement-taxé voté le 8 octobre 1997 a été soumis à une enquête publique du 20 octobre au 3 novembre 1997, enquête qui n'a donné lieu à aucune observation.

Il n'a par ailleurs fait l'objet d'aucune objection de la part de l'autorité de tutelle.

Conformément à l'article 112 de la nouvelle loi communale, le texte du règlement-taxe, qui constitue l'acte attaqué par le recours, a été affiché le 7 janvier 1998;

Considérant qu'à l'appui de son recours, la société requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution ainsi que du principe général d'égalité, du principe de proportionnalité et du défaut de motivation; qu'elle soutient qu'il n'existe aucun motif objectif et raisonnable justifiant la différence de traitement fiscal considérable entre les antennes relais GSM, taxées à raison de 100.000 francs, et tous les autres types d'antennes extérieures, taxés à raison de 5.000 francs;

Considérant qu'un deuxième moyen de la requête est pris «du détournement de pouvoir, ou à tout le moins de l'excès de pouvoir», en ce que la commune de Schaerbeek aurait utilisé son pouvoir fiscal afin de combattre un usage déterminé d'un droit -celui d'installer et d'exploiter dans le respect des prescriptions légales et réglementaires applicables des antennes extérieures-, droit que la commune a jugé inopportun pour des motifs qui lui sont propres;

Considérant qu'un troisième moyen est pris «de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'inexactitude en fait des motifs, de leur inadéquation et de leur non pertinence ainsi que de la violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution»; que la société requérante fait valoir, en substance, qu'en n'indiquant pas en quoi les antennes extérieures, et notamment les antennes relais GSM, portent atteinte à l'environnement ni en quoi ces antennes relais seraient plus nuisibles que d'autres antennes, la commune de Schaerbeek a violé les obligations et les dispositions visées au moyen;

Considérant que la société requérante prend encore un quatrième moyen de la violation du «principe général d'absence de taxation des biens affectés aux activités relevant du service public», 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»;

Considérant qu'un cinquième et dernier moyen est pris de «la violation des dispositions européennes et nationales relatives à l'instauration d'un réseau de mobilophonie de qualité et dispensé de restriction, 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, modifiée notamment par la directive 96/2/CEE du 16 janvier 1996 en ce qui concerne les communications mobiles et

personnelles , 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 des réseaux de télécommunications mobiles GSM, 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 s'en explique en exposant que le règlement-taxe attaqué doit incontestablement être qualifié de «restriction» au développement d'infrastructures de télécommunications mobiles, dans la mesure où il représente un surcoût non négligeable lors du placement d'une nouvelle antenne GSM; qu'elle relève à cet égard que le préambule même du règlement-taxe litigieux indique que la taxe vise un «effet dissuasif» sur le placement d'antennes GSM sur le territoire de la commune; que la requérante ajoute que cette restriction est de nature à mettre en péril la réalisation des objectifs de service public en matière de capacité du réseau et de couverture du territoire national, que lui impose l'article 5 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 visé au moyen, et ce compte tenu du développement incessant du nombre d'abonnés au service GSM (plus de 700.000, tous réseaux confondus, à l'époque de l'introduction du recours);

Considérant que l'argumentation de la société requérante selon laquelle le règlement-taxe attaqué constituerait une restriction au développement de son réseau de télécommunications mobiles, est contredite par la partie adverse, qui fait valoir qu'il ressort du texte même de l'article 3*quater* de la directive que le terme «restrictions» vise les restrictions techniques à la possibilité pour les opérateurs de systèmes de communications mobiles et personnelles, de se doter d'infrastructures propres, restrictions tenant essentiellement à l'obligation d'utiliser l'infrastructure fournie par les organismes publics de télécommunications;

Considérant que dans son dernier mémoire et à l'appui du cinquième moyen, la société requérante soulève également, et pour la première fois, la problématique de la conformité de la taxe litigieuse par rapport à l'article 49 du Traité CE (anciennement 59), dans la mesure où cet article interdit, d'une manière générale, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté; qu'elle expose que l'article 49 du Traité est le fondement premier de la directive 96/2/CE, que c'est bien l'élimination des restrictions à la libre prestation des services qui a été posée comme but ultime de cette directive et que l'article 3*quater* doit être interprété à la lumière de cet objectif; qu'elle développe son argumentation en soulignant que les taxes levées par la partie adverse constituent pour elle une charge financière très lourde qui entrave la maîtrise de

ses coûts; qu'elle ajoute que les communications GSM sont par nature mobiles et présentent régulièrement un caractère transfrontalier, en sorte qu'une restriction, au sens de l'article 49 du Traité, doit être trouvée dans les obstacles mis aux communications mobiles présentant un caractère d'extranéité; que la requérante conclut que la taxation litigieuse, à l'instar de la taxe sur les antennes paraboliques, entraîne une restriction qui n'est justifiée par aucune raison impérieuse d'intérêt général et constitue indéniablement une entrave à la libre prestation des services de communication mobile, au sens de l'article 49 du Traité CE sur lequel se fonde la directive 96/2/CE;

Considérant que la partie adverse fait valoir, dans son dernier mémoire, que la requête en annulation ne mettait nullement en cause la conformité du règlement-taxe litigieux à l'article 49 du Traité CE et que les arguments de la requérante s'apparentent à un moyen nouveau qui, soulevé dans un dernier mémoire, est irrecevable;

Considérant qu'un moyen mettant en cause la validité d'un règlement au regard des dispositions du droit international conventionnel, lorsque ces dispositions ont des effets directs dans l'ordre juridique interne, est d'ordre public; qu'il s'ensuit qu'un tel moyen est recevable;

Considérant, sur le cinquième moyen de la requête tel que complété par les développements du dernier mémoire de la requérante, que la directive 96/2/CEE du 16 janvier 1996 a inséré dans la directive 90/388/CEE du 28 juin 1990 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 cinquième 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 dans son dernier mémoire, la partie requérante soulève également la question de la compatibilité de la taxe contestée avec le droit communautaire primaire, en l'occurrence l'article 49 du Traité, qui servirait de fondement à la directive 96/2/CE; 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.