

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

n° 151.824 du 29 novembre 2005
A. 124.789/XII-3615

En cause : l'ÉTAT BELGE,
ayant élu domicile chez
Me M. Aps, avocat,
ayant son cabinet à Anvers,
Harmoniestraat 38

contre :

la RÉGION FLAMANDE,
ayant élu domicile chez
Me H. Sebreghs, avocat,
ayant son cabinet à Anvers,
Mechelsesteenweg 33.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 29 juillet 2002 par laquelle l'État belge, représenté à l'époque par le Ministre des Télécommunications et des Entreprises et Participations publiques, demande l'annulation de l'arrêté du Gouvernement flamand du 29 mars 2002 relatif à l'octroi de licences, à la fixation et la perception de rétributions pour l'utilisation privative du domaine public des routes, des voies navigables et leurs dépendances, des digues maritimes et des digues;

Vu les mémoires en réponse et en réplique;

Vu le rapport de M. E. Haesbrouck, premier auditeur;

Vu l'ordonnance du 12 août 2003 ordonnant le dépôt au greffe du rapport et du dossier;

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

Vu l'ordonnance du 11 mars 2005 fixant l'affaire à l'audience du 24 avril 2005;

Entendu M. D. Verbiest, président de chambre, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me M. Aps, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, et Me S. Vernailen, avocat, loco Me H. Sebreghts, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

Entendu M. E. Haesbrouck, premier auditeur, en son avis;

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

1. Des éléments de la cause

Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. Les articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques s'énoncent comme suit :

"Art. 97. § 1^{er}. : Dans les conditions prévues dans ce chapitre, tout opérateur d'un réseau public de télécommunications est autorisé à faire usage du domaine public et des propriétés pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents, dans le respect de leur destination et des dispositions légales et réglementaires régissant leur utilisation. [...]"

Art. 98. § 1^{er}. : Avant d'établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes sur le domaine public, tout opérateur d'un réseau public de télécommunications soumet le plan des lieux et les caractéristiques d'aménagement à l'approbation de l'autorité dont relève le domaine public. [...]"

§ 2. Pour ce droit d'utilisation, l'autorité ne peut imposer à l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit. [...]"

1.2. L'article 40 du décret du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 prévoit, dans sa version applicable, ce qui suit :

"Art. 40 § 1^{er} : L'usage privatif du domaine des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, des digues de mer et des digues peut faire l'objet d'une autorisation.

§ 2 : L'obtention d'une autorisation est soumise au paiement d'une rétribution qui peut être composée soit d'un droit fixe soit d'un droit fixe et une partie variable. La rétribution due peut être levée une fois ou périodiquement.";

L'article 41 du même décret prévoit ce qui suit :

"Art. 41 : Le Gouvernement flamand est habilité à fixer les conditions et la procédure concernant l'octroi de l'autorisation ainsi que le montant et le mode de perception de la rétribution.";

Les articles 50 et 51 du décret s'énoncent comme suit :

"Art. 50 : Le Gouvernement flamand est habilité à accorder des concessions pour l'usage privatif du domaine public des routes et de leurs dépendances qui relèvent de la gestion de la Région flamande, des voies navigables et de leurs dépendances, des digues et des digues de mer.

Art. 51 : Le Gouvernement flamand arrête les modalités régissant l'octroi des concessions susdites. Ces modalités peuvent notamment porter sur la rétribution due, la durée des concessions ainsi que sur les conditions auxquelles les concessionnaires doivent satisfaire.";

1.3. L'arrêté attaqué règle en exécution de l'article 41 précité l'octroi de licences, la fixation et la perception de rétributions pour l'utilisation privative du domaine public des voies navigables, des digues maritimes et des routes. L'octroi de licences est traité dans la Partie I, chapitres II à V, la perception des rétributions fait l'objet de la Partie I, chapitres VI, VIII et IX relatifs aux catégories d'utilisation privative du domaine public mentionnées dans la Partie II.

L'article 32 de l'arrêté attaqué abroge l'arrêté du Gouvernement flamand du 16 mars 1994 qui fixe les modalités d'exécution et les tarifs pour l'utilisation privative du domaine des voies navigables, des digues maritimes et des digues;

2. De la procédure

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie défenderesse demande d'appliquer l'article 21, alinéa 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, et, par conséquent, de conclure à une présomption de désistement d'instance, dès lors que le rapport de l'auditorat aurait proposé le rejet ou l'irrecevabilité du recours et que la poursuite de la procédure n'a pas été demandée dans les délais;

Considérant qu'en l'espèce, le rapport de l'auditorat propose de rejeter les deux exceptions soulevées par la partie défenderesse; que sur le fond, le rapport se borne à constater l'existence d'un conflit de compétence éventuel entre la loi et le décret invoqués en sorte que l'option retenue est celle de poser des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage; qu'ainsi, le rapport ne propose ni rejet, ni irrecevabilité de la demande, comme l'a d'ailleurs confirmé le premier auditeur rapporteur dans son avis donné à l'audience; qu'en conséquence, l'article 21, alinéa 6, précité, n'est pas applicable;

3. Des exceptions

3.1.1. Considérant que dans une première exception, la partie défenderesse soutient que le recours est irrecevable au motif que la requête n'est pas accompagnée d'un arrêté indiquant que "l'organe habilité à cet effet" a décidé d'introduire, dans les délais, la requête au nom de l'État belge et, en outre, que cet organe a décidé, dans les délais, de désigner l'avocat qui comparait;

3.1.2. Considérant que le rapport de l'auditorat rejette cette exception; que la partie défenderesse ne l'évoque plus dans son dernier mémoire; qu'il est ainsi admis qu'elle y a renoncé;

3.2.1. Considérant que dans une deuxième exception, la partie défenderesse soutient que la partie requérante n'a pas d'intérêt au recours, dès lors qu'elle agirait dans l'intérêt de "tous ou dans l'intérêt d'autrui, par exemple d'opérateurs de télécommunications titulaires d'autorisations", que l'utilisation privative du domaine public relève de la compétence exclusive de la partie défenderesse et que l'annulation sollicitée ne procurera aucun avantage à la partie requérante, celle-ci n'étant pas concernée par l'arrêté attaqué mais bien "les différents

acteurs des secteurs d'utilité publique qui désirent faire un usage privatif du domaine public" pour lequel la partie défenderesse est exclusivement compétente;

Considérant qu'à propos de l'intérêt au recours, la partie requérante mentionne déjà ce qui suit dans la requête introductive d'instance :

"En ce que l'arrêté attaqué, sans faire d'exception pour l'utilisation privative du domaine public par des opérateurs d'un réseau public de télécommunications, subordonne d'une manière générale l'utilisation du bien domanial à l'obtention préalable et obligatoire d'une autorisation et que l'arrêté, par la perception d'une rétribution auprès des opérateurs titulaires d'autorisations précitées, viole les dispositions constitutionnelles et législatives attribuant à l'autorité fédérale le pouvoir de régler la matière des télécommunications publiques qui, en raison de son indivisibilité technique et économique, requiert une égalité de traitement sur le plan national. (Voir notamment 1.1.)

Que l'introduction du recours en annulation s'appuie dès lors sur la constatation que la partie défenderesse a empiété sur les compétences de la partie requérante et sur l'intérêt de cette dernière de voir reconnues ses prérogatives en la matière et de veiller à la mise en oeuvre correcte de la législation ainsi qu'à son application dans le secteur des télécommunications.

Que les moyens mentionnés et soulevés ci-après sont invoqués dans le cadre du même intérêt précité";

Considérant, ensuite, que dans son mémoire en réplique, la partie requérante rétorque que la requête a clairement défini son intérêt "lorsqu'elle expose que l'arrêté attaqué viole les dispositions constitutionnelles et législatives attribuant à l'autorité fédérale le pouvoir de régler la matière des télécommunications publiques qui, en raison de son indivisibilité technique et économique, requiert une égalité de traitement sur le plan national"; qu'elle poursuit en soutenant que "l'introduction" du recours "s'appuie dès lors sur l'intérêt de la partie requérante de voir reconnues ses prérogatives légales et de veiller à la mise en oeuvre correcte de la législation ainsi qu'à son application dans le secteur des télécommunications pour lequel elle est compétente", que cet "intérêt fonctionnel a été confirmé à maintes reprises" par le Conseil d'État et que le préjudice qu'elle subit "est, de toute évidence, contenu dans la définition précitée de son intérêt fonctionnel dès lors que la réparation de la méconnaissance de ses prérogatives et la mise en oeuvre correcte d'une législation uniforme en matière de délivrance d'autorisations et de perception de rétributions ne peuvent résulter que de l'annulation de l'arrêté attaqué";

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie défenderesse maintient son point de vue selon lequel la partie requérante "n'a ni qualité pour ni

intérêt à" agir "au motif qu'il ressort de l'exposé des faits et de la réfutation des moyens que depuis la loi spéciale du 8 août 1980 [...], la compétence exclusive de la partie défenderesse en matière d'utilisation privative de son domaine public est inscrite à l'article 6, § 1^{er}, X, 1/, 2/ et 2/bis, de cette loi"; qu'en outre, la partie défenderesse conteste qu'elle empiète sur la compétence fédérale en matière de télécommunications;

3.2.2. Considérant que la partie requérante appuie son intérêt à l'annulation sollicitée sur la prétendue atteinte portée aux compétences fédérales - ses propres compétences - en matière de télécommunications;

Considérant que la partie défenderesse ne conteste pas que l'arrêté attaqué s'applique également aux opérateurs de télécommunications ni que le règlement des télécommunications est, en principe, une matière fédérale; que toutefois, elle ne tient pas l'arrêté attaqué pour une matière relative aux télécommunications; que cependant, il s'agit-là du fond du litige; que la partie requérante qui, à tort ou à raison, s'attribue une compétence en cette matière et estime qu'un arrêté pris par la partie défenderesse empiète sur cette compétence a un intérêt suffisant à ce que ce conflit de compétence soit réglé en droit et à ce qu'il soit statué sur les critiques de légalité qu'elle formule sur ce point; que la seule branche du moyen examinée dans le rapport de l'auditorat porte en tout état de cause sur la répartition des compétences; qu'en conséquence, la partie requérante ne peut être privée de son intérêt au recours; que l'exception est rejetée;

4. Du fond

4.1. Considérant que, d'une manière générale, la partie défenderesse soutient à propos des moyens que ceux-ci ne peuvent être clairement discernés les uns des autres et sont donc irrecevables pour cause d'*obscuri libelli*; que ce point de vue n'est pas admissible, dès lors que dans sa requête introductive d'instance, la partie requérante formule sous l'intitulé "III. Des moyens" des griefs numérotés de 3.1. à 3.6. qui peuvent donc être clairement discernés les uns des autres et se présentent comme des moyens distincts;

4.2.1. Considérant que le rapport de l'auditorat se borne à constater que tant la partie requérante que la partie défenderesse demandent de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage et propose d'accueillir les deux demandes;

Considérant que la partie défenderesse formule sa question préjudicielle comme suit :

"(1) Les articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ne sont-ils pas contraires aux dispositions répartitrices de compétences fixées dans la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et dans la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'État, notamment l'article 6, § 1^{er}, X, 1/, 2/ et 2/ bis, en ce qu'il ressort de la lecture conjointe des articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques que tout opérateur d'un réseau public de télécommunications est autorisé à faire usage du domaine public pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents sans que l'autorité ne puisse imposer pour ce droit d'utilisation aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit, alors que les dispositions répartitrices de compétences fixées dans la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et dans la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'État, notamment l'article 6, § 1^{er}, X, 1/, 2/ et 2/ bis, ont exclusivement transféré aux régions les compétences en matière d'utilisation privative du domaine public ?

(2) Les articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991 ne doivent-ils pas, au regard de la question préjudicielle qui précède, être considérés comme étant implicitement abrogés par les articles 40, 41, 42 et 43 du décret du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 ?

Il va de soi que dans la mesure où la Cour d'arbitrage se rallie au point de vue de la partie défenderesse et estime que les dispositions citées dans le moyen (notamment les articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991) sont contraires aux dispositions répartitrices de compétences et qu'elles sont implicitement abrogées par le décret du 18 décembre 1992, l'arrêté présentement attaqué pris en exécution du décret du 18 décembre 1992 ne peut avoir été adopté en violation des dispositions invoquées dans le moyen";

Considérant que la partie requérante formule sa question préjudicielle de la manière suivante :

"Les art. 40 à 43 du décret du 18.12.1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993, en exécution duquel le Gouvernement flamand, en prenant l'arrêté du 29.03.2002, a réglé l'octroi de licences, la fixation et la perception de rétributions pour l'utilisation privative du domaine public des routes, des voies navigables et leurs dépendances, des digues maritimes et des digues, violent-ils les règles fixant les compétences respectives de l'État, des communautés et des régions, dans la mesure où cet arrêté exige une autorisation et impose le paiement d'une rétribution pour

l'utilisation du bien domanial en vue du placement de canalisations, de réseaux et d'installations locales d'intérêt général et privé, alors que l'art. 97 de la loi du 21.03.1991 autorise déjà tout opérateur d'un réseau public de télécommunications à faire usage du domaine public et des propriétés pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents et que l'art. 98 de cette même loi énonce que pour ce droit d'utilisation, l'autorité ne peut imposer à l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit";

4.2.2. Considérant que la demande de décision préjudicielle est évoquée par la partie défenderesse dans ses arguments de défense relatifs au troisième moyen, dans la mesure où la partie requérante invoque dans la branche de ce moyen la violation des articles 97 et 98 précités de la loi du 21 mars 1991;

Considérant, d'une part, que les articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991 autorisent les opérateurs d'un réseau public de télécommunications à faire usage "du domaine public" pour établir des câbles ou des canalisations sans qu'une rétribution ne soit due pour ce droit d'utilisation; que selon la partie requérante, les "dispositions légales et réglementaires" que les opérateurs doivent respecter à cet égard se réfèrent à des lois fédérales en vigueur et que le mot "rétribution" interdit toute rétribution et partant une rétribution instaurée par le législateur régional;

Considérant, d'autre part, que l'article 40 du décret du 18 décembre 1992 ne fait pas expressément mention des opérateurs des réseaux publics de télécommunications et que l'article 43 du même décret qui prévoit un régime d'exemption ne les exclut pas expressément de l'obligation d'obtenir une autorisation ou de payer une rétribution; que toutefois, selon la partie défenderesse, ces réseaux sont également visés de manière pertinente par le législateur décentralisé et que l'arrêté pourvoit donc parfaitement à l'exécution des dispositions décentralisées précitées en ne dispensant pas les opérateurs des réseaux publics de télécommunications de l'obligation d'autorisation ni du paiement de la rétribution;

Considérant ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, que la partie requérante se prévaut de sa compétence en matière de télécommunications; qu'en vertu de l'article 4, 6/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (LSRI), les communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et de télévision, tandis qu'en vertu de sa compétence résiduelle, le législateur fédéral est

compétent pour les autres formes de télécommunications; que la partie requérante estime, eu égard à cette compétence, pouvoir régler l'exploitation de réseaux de télécommunications de manière telle qu'aucune obligation d'autorisation ne puisse être imposée, par ou en vertu d'un décret, à des opérateurs de réseaux publics de télécommunications et que le paiement d'une rétribution ne puisse être exigé d'eux pour l'utilisation du domaine public régional; qu'elle considère en outre que les articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991 ont réglé cette matière;

Considérant que la partie défenderesse ne prétend pas régler les activités des opérateurs de réseaux mais invoque sa compétence en matière de travaux publics, en particulier l'article 6, § 1^{er}, X, alinéa 1^{er}, 1/, 2/ et 2/bis, de la LSRI pour régler l'utilisation privative des propriétés relevant de son propre domaine public régional en subordonnant cette utilisation à une autorisation et - conjointement avec l'article 173 de la Constitution et l'article 2 de la loi spéciale de financement du 16 janvier 1989 - au paiement d'une rétribution;

Considérant que le Conseil d'État observe surabondamment que, prises à la lettre, les dispositions législatives en cause aussi bien que les dispositions décrétales visées doivent pouvoir être interprétées d'une manière neutre et, le cas échéant, conforme sur le plan des compétences; que toutefois, en raison de la force de l'interprétation que chaque partie donne à sa propre réglementation, le Conseil renonce à le faire;

4.2.3. Considérant que dans un cinquième moyen, la partie requérante critique le mode de calcul de la rétribution et sur ce point conteste notamment que la perception visée, instaurée par l'arrêté attaqué, réponde effectivement aux caractéristiques essentielles de la rétribution, de sorte qu'il s'agirait d'un impôt au sens de l'article 170, § 2, de la Constitution; qu'elle soutient en outre à l'audience que la rétribution, telle qu'elle est réglée, est à proprement parler un impôt dont l'instauration est également interdite en vertu de l'article 98 de la loi du 21 mars 1991; que, selon l'article 40, § 2, précité, le législateur décretaal subordonne l'obtention d'une autorisation au paiement d'"une rétribution" et que l'article 41 charge le gouvernement de "fixer (...) le montant et le mode de perception de la rétribution"; que pour l'heure, le Conseil doit se limiter à admettre que la critique de la légalité fondée sur la qualification d'"impôt" est sans rapport avec le décret même qui fait expressément mention d'une rétribution, qu'elle ne porte que sur l'arrêté et,

par conséquent, n'influe pas sur la question qui serait éventuellement posée à la Cour d'arbitrage, qui a uniquement vocation à contrôler les normes légales; que, toutefois, pour la clarté du débat juridique, il aurait été souhaitable, avant toutes choses, de clarifier la nature de la perception en cause - un impôt ou une rétribution - dès lors que les règles de répartition des compétences entre l'État et les régions diffèrent selon qu'il s'agit d'un impôt visé à l'article 170, § 2, de la Constitution ou d'une rétribution visée à l'article 173 de la Constitution; que ce point requiert toutefois que le Conseil d'État statue sur le cinquième moyen; que l'auditorat a cependant omis d'examiner ce moyen, de sorte que le Conseil d'État n'est présentement pas en mesure de se prononcer à ce sujet, hors même qu'une réponse favorable à la partie requérante pourrait partiellement vider de son sens la question posée à la Cour d'arbitrage;

Considérant que pour éviter d'introduire une procédure éventuellement inutile devant la Cour d'arbitrage, l'auditorat aurait également dû, en principe, examiner le cinquième moyen; que le Conseil d'État ne renonce à ordonner la rédaction d'un rapport complémentaire que pour le motif que les deux parties se déclarent d'accord pour soumettre à la Cour d'arbitrage la question de compétence proposée par l'auditorat; que le Conseil accueille par conséquent la demande des parties visant à interroger la Cour d'arbitrage, en application de l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, sur la conformité des dispositions évoquées sous 4.2.2. avec les règles fixant les compétences respectives de l'État et des régions, sans toutefois, en cela, suivre à la lettre la formulation suggérée par les parties,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Les questions préjudicielles suivantes sont posées à la Cour d'arbitrage :

1. L'article 40, § 1^{er}, du décret du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 viole-t-il les règles fixant les compétences respectives de l'État et des régions en soumettant les opérateurs de réseaux publics de télécommunications à une obligation d'autorisation pour l'utilisation privative du domaine des routes et leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des voies navigables et leurs dépendances, des digues maritimes et des digues ?
2. Les articles 40, § 2, à 43 du décret du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 violent-ils les règles fixant les compétences respectives de l'État et des régions en imposant une rétribution aux opérateurs de réseaux publics de télécommunications pour l'autorisation exigée pour l'utilisation privative du domaine des routes et leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des voies navigables et leurs dépendances, des digues maritimes et des digues ?
3. L'article 97 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques viole-t-il les règles fixant les compétences respectives de l'État et des régions en autorisant les opérateurs de réseaux publics de télécommunications à utiliser le domaine public des routes et leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des voies navigables et leurs dépendances, des digues maritimes et des digues pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents sans que la Région flamande ne puisse subordonner l'autorisation de cette utilisation privative de son domaine public à une obligation d'autorisation ?
4. L'article 98 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques viole-t-il les règles fixant les compétences respectives de l'État et des régions en interdisant à la Région flamande d'imposer aux opérateurs des réseaux publics de télécommunications une rétribution pour le droit d'utilisation du domaine public des routes et leurs dépendances relevant de la gestion de la Région

flamande, des voies navigables et leurs dépendances, des digues maritimes et des digues ?

Article 3.

Le membre de l'auditorat, désigné par l'auditeur général, est chargé de poursuivre l'instruction de l'affaire, après réception de l'arrêt de la Cour d'arbitrage.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt-neuf novembre 2005, par la XIIe chambre, composée de :

MM.	D. VERBIEST,	président de chambre,
	J. LUST,	conseiller d'État,
	G. VAN HAEGENDOREN,	conseiller d'État,
Mme	S. DOMS,	greffier.

Le greffier,

Le président,

S. DOMS

D. VERBIEST

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.