

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R E T

n° 201.842 du 11 mars 2010

A 190.825/XV-952

En cause : **la s.a. Belgacom Mobile (devenue Belgacom),**
ayant élu domicile chez
Mes N. CAHEN & I. MATHY, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représentée par
le Ministre pour l'Economie et la Simplification
Mes S. DEPRE & F. VISEUR, avocats,
avenue Louise 240
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 23 décembre 2008 par la s.a. Belgacom Mobile, qui demande l'annulation de la décision contenue dans la lettre du 25 novembre 2008 du Ministre pour l'Economie et la Simplification de renoncer «pour autant que de besoin», à la prolongation tacite de la licence qui lui a été délivrée sur la base de l'arrêté royal du 24 octobre 1997;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. AMELYNCK, premier auditeur au Conseil d'État;

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

Vu l'ordonnance du 8 février 2010 fixant l'affaire à l'audience du 2 mars 2010 à 9 heures 30;

Entendu en son rapport, M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me N. CAHEN, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me S. DEPRE, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M. AMELYNCK, premier auditeur;

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

Vu la reprise d'instance par la s.a. de droit public Belgacom;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

Dans le souci notamment d'ouvrir le marché de la mobilophonie à la concurrence, la loi du 12 décembre 1994 a procédé à des modifications de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Dans ce contexte, la compétence de déterminer la procédure par laquelle les autorisations d'exploiter les réseaux de mobilophonie seraient octroyées a été attribuée au Roi. Cette compétence a été mise en oeuvre par l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM. En application de cet arrêté royal, des autorisations d'établir et d'exploiter des réseaux de mobilophonie en Belgique ont été accordées à la s.a. Belgacom Mobile – qui utilise le nom commercial de «Proximus» – le 3 juillet 1996 et à la s.a. Mobistar le 27 novembre 1995, sur des canaux de la bande de fréquences de 900 MHz. La durée de ces autorisations, appelées «2G» (pour «deuxième génération», utilisant une technologie numérique, alors que la «première génération» était basée sur une technologie analogique) est de quinze ans, avec possibilité de reconduction tacite pour des termes successifs de cinq ans.

L'article 3, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 7 mars 1995 prévoit la possibilité pour le ministre et pour l'opérateur de «renoncer» à cette tacite reconduction (s'agissant du ministre, il faut comprendre «s'opposer à la reconduction») «moyennant préavis de deux ans signifié par lettre recommandée à la poste».

Une autorisation a également été accordée à la société KPN Orange Belgium – devenue la s.a. Base, puis KPN group Belgium – le 2 juillet 1998, en application de l'arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800, qui concerne la bande de fréquences de 1800 MHz.

Celle-ci vaut également pour quinze ans, avec possibilité de reconduction tacite pour cinq ans et possibilité, pour le ministre et l'opérateur, d'y «renoncer» dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues par l'arrêté du 7 mars 1995.

En raison des développements technologiques et économiques du secteur de la téléphonie mobile, le besoin de revoir la répartition des fréquences sur la bande des 900 MHz s'est fait sentir. Il s'ensuit, du 10 mai 2005 à l'automne 2008, de multiples consultations et échanges de courriers entre le ministre, l'I.B.P.T. et les opérateurs, au sujet des dispositions à prendre et des modifications à apporter à la réglementation. Le 24 novembre 2008, le conseil des ministres adopte une décision de principe selon laquelle les arrêtés royaux des 7 mars 1995 et 24 octobre 1997 devront être modifiés, notamment pour «faire terminer les 3 licences 2G au même moment, soit à la mi-2013».

Le 25 novembre 2008, l'I.B.P.T. décide de «renoncer» à la reconduction tacite des autorisations délivrées aux trois opérateurs (Belgacom Mobile, Mobistar et Base). Cette décision a fait l'objet, de la part de la requérante, d'un recours en annulation, qui a été porté devant la cour d'appel de Bruxelles, en vertu de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges. Par arrêt du 20 juillet 2009, la 18^e chambre de la cour d'appel l'a annulée «en ce qu'elle décide de renoncer à l'autorisation (lire: "à la reconduction tacite de l'autorisation") pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de mobilophonie GSM par Proximus...». Deux illégalités ont été tenues pour établies: l'une tient en ce que le préavis avait été donné moins de deux ans avant l'expiration de l'autorisation, en violation de l'article 3, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 7 mars 1995; l'autre réside en un défaut dans la consultation à laquelle il a été procédé en application de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, un temps insuffisant ayant été laissé au régulateur flamand pour se prononcer sur la décision projetée. Par contre, le moyen qui contestait la compétence de l'I.B.P.T. pour prendre cette décision a été déclaré non fondé.

Le 25 novembre 2008 également, une décision semblable a été signée «pour le Ministre pour l'Economie et la Simplification, absent à la signature», par son chef de cabinet, concernant Base. Cette décision a fait l'objet d'un recours en annulation (191.192/XV-932) introduit par la s.a. Base, laquelle s'en est toutefois désistée; le désistement a été décrété par l'arrêt n° 200.782 du 11 février 2010.

Toujours le 25 novembre 2008 le gouvernement a adopté des projets d'arrêtés royaux modifiant les arrêtés royaux du 7 mars 1995, du 24 octobre 2007 (précités) et du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération. Un courrier envoyé le jour même à la requérante pour l'en informer contient en outre le passage suivant:

«Le conseil de l'IBPT a décidé ce jour de renoncer à la prolongation tacite de votre licence délivrée sur base de l'arrêté royal du 7 mars 1995. Le ministre a écrit en date du 8 avril 2008 à l'IBPT que celui-ci était bien compétent pour poser un tel acte.

Toutefois, et comme certains opérateurs nous ont fait savoir qu'ils contestaient cette interprétation, par la présente et pour autant que de besoin, le ministre renonce également à la prolongation tacite de votre licence délivrée sur base de l'arrêté royal 24 octobre 1997. La présente renonciation est justifiée par les évolutions technologiques, notamment de l'UMTS, qui peuvent maintenant être déployées dans le spectre couvert par votre licence. Une réorganisation partielle pourrait donc s'avérer nécessaire. En outre, il est nécessaire de faire terminer les 3 licences 2G au même moment, soit à la mi-2013, afin de pouvoir mettre en place à l'avenir une politique du spectre la plus efficace possible. Enfin, il est adéquat que le prolongement des licences 2G puisse se faire moyennant le paiement d'un droit de concession.»

Ce courrier a été envoyé en deux exemplaires à la requérante, l'un signé par «Niko Demeester *loco* Vincent Van Quickenborne (absent à la signature), Ministre pour l'Economie et la Simplification», l'autre par «Vincent Van Quickenborne, Ministre pour l'Economie et la Simplification, i.o. Annemie Turtelboom», et la signature de cette dernière.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Considérant que la requête et les écrits de procédure posent notamment la question de savoir si la décision attaquée émane d'une autorité compétente pour la prendre; que cette question doit être examinée, au besoin d'office;

Considérant que, dans sa version d'origine, l'article 89 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques disposait comme suit en son § 1^{er}, alinéa 3:

«Le Ministre, pour chaque catégorie de service, sur proposition de l'Institut, soumet, au conseil des Ministres, une liste des offres visant à établir et exploiter un réseau en vue de fournir un des services visés au présent paragraphe. Le Roi, par arrêté délibéré en conseil des Ministres, accorde l'autorisation ou les autorisations d'établir et d'exploiter ledit réseau.»

Considérant que l'article 3, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 7 mars 1995 porte que «le ministre et l'opérateur peuvent renoncer à la reconduction tacite,

moyennant préavis...»; que cette disposition attribue compétence au ministre pour prendre une décision telle que celle qui est attaquée;

Considérant toutefois que l'article 155, 2°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques a abrogé l'article 89 de la loi du 21 mars 1991; que l'article 13 de la loi de 2005 est rédigé comme suit:

«L'Institut est chargé:

1° de la gestion du spectre des radiofréquences;

2° de l'examen des demandes d'utilisation du spectre des radiofréquences à l'exception des demandes destinées à la radiodiffusion sonore et télévisuelle;

3° de la coordination des radiofréquences tant au niveau national qu'au niveau international;

4° du contrôle de l'utilisation des radiofréquences.

Pour l'assignation et la coordination des radiofréquences, l'Institut tient notamment compte des accords internationaux, régionaux ou particuliers y relatifs ainsi que des dispositions européennes concernant l'harmonisation des radiofréquences.»;

que les articles 18 et 19 de la même loi font expressément référence au pouvoir de l'I.B.P.T. d'octroyer des droits d'utilisation de radiofréquences, de retirer le droit d'utiliser une fréquence si elle n'est pas mise en service dans un délai raisonnable, de contrôler les transferts de droits d'utilisation;

Considérant que l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges place parmi les compétences de l'I.B.P.T. «la prise de décisions administratives»;

Considérant que la compétence que l'I.B.P.T. a reçue de gérer le spectre des radiofréquences emporte celle de «renoncer» à la reconduction des autorisations accordées; que cette compétence n'est pas partagée avec le ministre, lequel n'a pas compétence pour prendre une telle décision;

Considérant que dès lors que la décision de l'I.B.P.T. a été annulée par la cour d'appel, il ne pourrait plus être soutenu, comme le fait la partie adverse que l'acte du ministre serait confirmatif, l'acte supposé confirmé étant réputé n'avoir jamais existé; qu'en tant qu'il a «pour autant que de besoin» «renoncé» à la reconduction de l'autorisation, le ministre a exercé une compétence qu'il n'avait pas; qu'il était incompétent et que sa décision doit être annulée;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner les autres aspects du moyen ni les autres moyens qui, à les supposer fondés, ne pourraient entraîner une annulation aux effets plus étendus,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision contenue dans la lettre du 25 novembre 2008 du Ministre pour l'Economie et la Simplification de renoncer «pour autant que de besoin», à la prolongation tacite de la licence qui a été délivrée à la s.a. Belgacom mobile sur la base de l'arrêté royal du 24 octobre 1997.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le onze mars deux mille dix par :

M. LEROY,	président de chambre,
M. QUERTAINMONT,	conseiller d'État,
M. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
Mme ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY