

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.268/4
DU 12 FÉVRIER 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Ministre de la Culture, de l'Audiovisuel et de la Jeunesse de la Communauté française, le 6 février 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de décret "portant assentiment à l'accord de coopération entre l'État 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, conclu à Bruxelles le 17 novembre 2006", a donné l'avis suivant :

1. Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996 et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, cette motivation, telle qu'elle figure dans la lettre de demande d'avis, est la suivante :

"Par avis motivé du 4 avril 2006, la Commission européenne a conclu que la Belgique a notamment manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 16 de la directive Cadre (infraction 2005/2284).

Par ailleurs, par arrêt 163/2006 du 8 novembre 2006, la Cour d'arbitrage a souligné - avant d'annuler les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion - 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'État 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» .

Afin de se conformer à l'avis de la Commission européenne et d'éviter la paralysie des différentes entités concernées dans leurs politiques en matière de communication électronique, il convient dès lors d'adopter l'accord de coopération qui suit dans les plus brefs délais."

*

* *

OBSERVATIONS RELATIVES À L'ACCORD DE COOPÉRATION

2. L'avant-projet de décret soumis pour avis au Conseil d'État, porte assentiment à l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État 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.

.../...

3. Par cet accord de coopération, les parties entendent mettre en place une coopération entre les différentes autorités compétentes pour prendre des mesures relatives à l'infrastructure des communications électroniques. Cette coopération concerne, selon l'article 1^{er} de l'accord, "l'élaboration d'une législation relative aux réseaux de communications électroniques, l'échange d'informations et 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".

4. Dès lors que la demande d'avis a été introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte et à l'accomplissement des formalités prescrites. Vu la complexité de la matière traitée dans l'accord de coopération et le délai extrêmement bref dans lequel la section de législation devait rendre son avis, il a toutefois été impossible au Conseil de soumettre à un examen approfondi tous les aspects de l'accord de coopération, objet de l'avant-projet de décret.

Observations générales

I. La nécessité d'une coopération dans l'exercice des compétences en matière d'infrastructure des communications

5. La nécessité d'une coopération entre les différentes autorités dans l'exercice de leurs compétences respectives en matière d'infrastructure des communications électroniques repose sur deux motifs clairs.

Il résulte de la répartition des compétences que tant l'autorité fédérale que les communautés sont compétentes en ce qui concerne l'infrastructure des communications électroniques. En vertu des articles 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, et 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, de la Constitution, ainsi que de l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, les communautés sont compétentes pour la radiodiffusion et la télévision. Cette compétence concerne également leurs aspects techniques et notamment aussi l'infrastructure des communications qui est utilisée à cet égard. En vertu de son pouvoir résiduel, l'autorité fédérale est compétente

.../...

pour les autres formes de télécommunication, y compris également pour leurs aspects techniques, sans préjudice de la police générale des ondes radioélectriques ⁽¹⁾ et de ses compétences en matière biculturelle dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Les progrès technologiques, notamment la convergence des secteurs de la télécommunication et de l'audiovisuel et l'utilisation conjointe de l'infrastructure de transmission, ont fait en sorte que les compétences respectives de l'État fédéral et des Communautés sont à ce point imbriquées qu'il est impensable que les autorités concernées les exercent sans plus de manière unilatérale. Tant la Cour d'arbitrage dans différents arrêts ⁽²⁾, que le Conseil d'État ⁽³⁾, section de législation, dans différents avis, ont dès lors souligné la nécessité d'une coopération dans l'exercice des compétences respectives en matière d'infrastructure des communications. Selon la Cour d'arbitrage, cette nécessité d'une coopération résulte plus particulièrement du "principe de proportionnalité", qui implique en l'espèce que les autorités respectives ne prennent pas de décisions unilatérales en ce qui concerne cette infrastructure des communications ⁽⁴⁾.

Sous l'angle du droit européen également, la coopération est absolument nécessaire. Selon la Cour d'arbitrage, les directives du 7 mars 2002 relatives aux réseaux

⁽¹⁾ En ce qui concerne ce point particulier, voir notamment l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004 de la Cour d'arbitrage, B.4.2, alinéa 2, *in fine*, reproduit dans l'arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage, B.3.1.

⁽²⁾ Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004; Cour d'arbitrage, n° 128/2005, 13 juillet 2005; Cour d'arbitrage n° 163/2006, 8 novembre 2006.

⁽³⁾ Avis 33.255/4 du 5 juin 2002 sur un projet devenu la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1937/1, 56-57; avis 33.865/4 du 13 novembre 2002 sur un projet devenu le décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *Doc. parl.*, Parl. Comm. Fr., 2002-2003, n° 357/1, (140); avis 35.686/1/V du 31 juillet 2003 sur un projet devenu le 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, *Doc. parl.*, Parl. fl., 2003-2004, n° 2156/1, 87-88; avis 37.295/4 du 28 juin 2004 sur un avant-projet de loi "relatif aux communications électroniques", *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1425/1, 211-217; avis 37.660/3 du 28 septembre 2004 sur un projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, *Doc. parl.*, Comm. germ., 2004-2005, n° 35/1, (38); avis 38.451/1/2/3/4/VR, des 26, 27 et 31 mai 2005 sur un projet devenu la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1845/1, (179).

⁽⁴⁾ Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.6.2.

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 ⁽⁵⁾. Au cas où il existe plusieurs autorités réglementaires au sein d'un État membre, les directives mentionnées imposent aux États membres de veiller à la coopération dans les sujets d'intérêt commun (article 3, paragraphe 4, de la directive-cadre 2002/21/CE) ⁽⁶⁾.

6. La nécessité d'une coopération, qui résulte tant des dispositions répartitrices de compétences que des directives européennes, implique qu'aucune des autorités concernées ne peut prendre de décisions unilatérales à l'égard d'une infrastructure qui est utilisée tant pour la transmission des programmes de radiodiffusion et de télévision, pour lesquels les Communautés sont compétentes, que pour les autres services de communications électroniques, qui relèvent de l'autorité fédérale.

7. L'article 3 de l'accord de coopération met sur pied une procédure imposant que chaque projet de décision d'une autorité de régulation relatif aux réseaux de communications électroniques doit être soumis aux autres autorités de régulation. Dans un délai de quatorze jours civils, ces autres autorités peuvent soit transmettre leurs remarques à l'autorité de régulation qui a communiqué le projet de décision, soit demander que la Conférence des régulateurs du secteur des Communications électroniques (ci-après la CRC) soit saisie du projet de décision. Lorsqu'elles ont choisi de transmettre des remarques, l'autorité de régulation concernée en tient compte dans l'élaboration d'un projet de décision modifié. Après avoir reçu ce projet de décision modifié, les autres autorités de régulation disposent d'un délai de sept jours civils pour en saisir la CRC.

⁽⁵⁾ Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.5.2.

⁽⁶⁾ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

L'article 3, dernier alinéa, de l'accord de coopération dispose en outre :

"Au-delà des délais prévus aux alinéas 2 et 3 [respectivement de quatorze et sept jours civils], le projet de décision est présumé, sauf preuve contraire, ne pas porter atteinte aux compétences des autres autorités de régulation."

Cette disposition appelle deux objections.

8. Tout d'abord, elle part manifestement de la considération que l'absence de réaction dans le bref délai de quatorze ou de sept jours civils doit être tenue pour un assentiment tacite, en ce qui concerne la compétence, par les autres autorités de régulation, au projet de décision qui leur a été transmis. Il ne peut être souscrit à pareille approche. Par analogie avec la règle énoncée à l'article 1045 du Code judiciaire concernant l'acquiescement tacite à une décision judiciaire et par analogie avec la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de la renonciation tacite à un droit, un assentiment tacite au projet de décision ne peut être présumé que s'il peut être déduit "d'actes ou de faits qui révèlent l'intention certaine de la partie de donner son adhésion à la décision" ⁽⁷⁾ ou "de faits et de comportements non susceptibles d'une autre interprétation" ⁽⁸⁾.

La seule circonstance qu'une autorité de régulation ne transmet pas ses remarques concernant un projet de décision dans les quatorze jours civils ou ne demande pas que la CRC en soit saisie ou la seule circonstance qu'elle ne demande pas dans les sept jours civils que la CRC soit saisie du projet de décision modifié, ne peuvent être tenues pour un fait ou un comportement qui ne saurait s'interpréter que comme une "adhésion tacite" au projet de décision ou au projet de décision modifié. Le Conseil d'État estime dès lors que la nécessité d'une coopération dans l'exercice des compétences respectives en ce qui concerne l'infrastructure des communications et l'interdiction de prendre des décisions unilatérales à cet égard requièrent que les autres régulateurs marquent expressément leur adhésion à la décision en projet et qu'à défaut, la CRC soit saisie de celle-ci.

⁽⁷⁾ Article 1045 du C.J. : "L'acquiescement peut être exprès ou tacite. L'acquiescement exprès est fait par un simple acte signé de la partie ou de son mandataire nanti d'un pouvoir spécial. L'acquiescement tacite ne peut être déduit que d'actes ou de faits précis et concordants qui révèlent l'intention certaine de la partie de donner son adhésion à la décision".

⁽⁸⁾ Cass. 15 février 1974, Pas., 1974, I, pp. 630-632; Cass. 20 septembre 1984, Pas., 1985, I, pp. 97-100; Cass. 13 janvier 1994, Pas., 1994, I, p. 33.

9. La même observation s'applique également en ce qui concerne l'article 5, dernier alinéa, de l'accord de coopération. Il y est prévu qu'une autorité de régulation qui a saisi la CRC d'un projet de décision peut demander à chacune des autorités de régulation refusant d'approuver le projet de décision dont a été saisi la CRC, de remettre à cette dernière une contre-proposition détaillée dans un délai de 15 jours civils. L'autorité de régulation qui omet de soumettre une contre-proposition détaillée dans le délai de quinze jours civils est supposée marquer son accord au projet de décision en question.

Le seul fait qu'une autorité de régulation ne soumette pas une "contre-proposition détaillée" dans les quinze jours ne peut évidemment pas non plus être considéré comme un fait ou un comportement ne pouvant s'interpréter que comme un "assentiment tacite" au projet de décision.

10. La seconde objection que soulève l'accord de coopération peut se formuler comme suit.

Les parties à cet accord considèrent que la procédure prévue à l'article 3 vise à transmettre un projet de décision d'une autorité de régulation aux autres autorités de régulation afin de permettre à celles-ci de vérifier si le projet de décision "ne porte pas atteinte à leurs compétences".

Il ressort des arrêts de la Cour d'arbitrage et des avis du Conseil d'État rappelés ci-dessus au point 5 que, même si les autorités concernées restent dans les limites de leurs compétences respectives en ce qui concerne, d'une part, la transmission des programmes de radio et de télévision - compétence des communautés - et, d'autre part, les autres services de communications électroniques - compétence de l'autorité fédérale - il y a néanmoins la nécessité de coopérer et il y a une interdiction de prendre des décisions unilatérales. Vu la convergence, de telles décisions ont en effet inévitablement un impact dans le domaine de compétence des autres autorités. En outre, certaines décisions peuvent présenter des aspects qui relèvent tant de la compétence de l'autorité fédérale que de celle des communautés.

La coopération dans l'exercice de leurs compétences respectives en matière d'infrastructure des communications ne peut dès lors se limiter à permettre aux autorités concernées de vérifier si les projets de décision d'une autorité de régulation ne violent pas les compétences des autres autorités. Elles doivent par contre prendre des décisions d'un

commun accord. En effet, comme la Cour d'arbitrage l'a jugé dans son récent arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006, il s'agit "de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives [...] pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires" ⁽⁹⁾.

II. L'indépendance des autorités de régulation

11. L'article 3, paragraphe 2, de la directive-cadre s'énonce comme suit :

"Les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part."

Il résulte de cette disposition que, lorsque l'autorité est elle-même propriétaire de réseaux et/ou de services de communications électroniques ou en a le contrôle, comme c'est le cas dans notre pays, l'autorité réglementaire nationale doit être indépendante de l'autorité ⁽¹⁰⁾.

Des objections surgissent dès lors à l'encontre de la disposition énoncée à l'article 5 de l'accord de coopération qui prévoit que le Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision peut prendre, à la demande

⁽⁹⁾ Cour d'arbitrage, n° 163/2006, 8 novembre 2006, B. 4.

⁽¹⁰⁾ Dans l'avis 33.255/4 mentionné ci-dessus, le Conseil avait déjà formulé des observations critiques quant à l'absence d'indépendance des autorités réglementaires nationales à l'égard des exploitants de réseaux de communications électroniques ou de services proposés via ces réseaux (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1937/1, pp. 57-59).

d'un Ministre, des décisions à la place de la CRC ⁽¹¹⁾. Cette disposition viole la disposition susmentionnée de la directive-cadre, en ce qu'elle rompt la séparation structurelle de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part. La disposition énoncée à l'article 5 qui prévoit que le Comité interministériel "respecte les règles et principes du cadre réglementaire européen applicable" ne suffit pas pour effacer cette objection.

⁽¹¹⁾ Il s'agit du huitième alinéa de l'article 5 dans la version française de cette disposition et du neuvième alinéa dans les versions néerlandaise et allemande de coopération. Cette discordance vient de ce que ces deux dernières versions contiennent, à l'article 9, alinéa 6, une disposition ne figurant pas dans la version française.

Une autre discordance entre les versions linguistiques de l'accord de coopération résulte de ce que les deux phrases de l'alinéa 7 de la version allemande correspondent à deux alinéas distincts, le septième et le huitième dans la version néerlandaise et le sixième et le septième dans la version française.

Comme la division en alinéas résulte, sans retrait, tantôt d'un simple retour à la ligne, tantôt d'un retour à la ligne accompagné d'un interligne supplémentaire, il n'apparaît en outre pas clairement si les deux phrases de l'alinéa 5 de la version allemande par exemple ne forment pas en réalité deux alinéas distincts.

La présentation de l'accord de coopération sera revue spécialement sur ce point, en veillant à se conformer aux indications suivantes de la circulaire de légistique formelle établie par le bureau de coordination du Conseil d'État, disponible sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be) :

"8.5.2.2. L'alinéa est la partie d'article qui, commençant avec une ligne ou avec l'indication de l'article ou du paragraphe dont il fait partie, comporte une ou plusieurs phrases complètes, se termine avec le point final de la dernière de ces phrases et est séparé du contexte par un blanc.

Les dispositions présentées typographiquement sur plusieurs lignes ne forment qu'un même alinéa, aussi longtemps que la phrase, dans son sens grammatical, n'est pas terminée et que le point final de la phrase ne se trouve pas en fin de la ligne [...].

8.5.2.3. L'alinéa ne peut être introduit par un signe distinctif, lettre ou numéro. Typographiquement son début est indiqué par un léger retrait sur l'alignement du texte."

En tout état de cause, le simple fait de retourner à la ligne signifie la fin d'un alinéa, que cette séparation soit signalée ou non par un interligne supplémentaire.

Les difficultés mentionnées ci-avant ne sont qu'indicatives, le bref délai alloué à la section de législation du Conseil d'État ne lui ayant pas permis d'effectuer une vérification exhaustive du respect des usages légistiques dans l'accord de coopération à l'examen. C'est donc l'ensemble de l'accord de coopération qui devrait faire l'objet d'une révision d'ordre légistique.

Observations particulières

Article 8

12. La fin de l'alinéa 1^{er} énonce :

"En cas de non-respect de cette obligation, l'autorité de régulation dont fait partie le membre en question ou, le cas échéant, les autorités compétentes pour la gestion de l'autorité de régulation concernée, infligera(ont) une sanction appropriée."

La "sanction appropriée" n'est pas autrement définie, ce qui ne saurait, en principe, être admis.

Elle ne pourrait être que celle que le droit actuellement en vigueur permet à chacune des autorités de régulation ou des autorités compétentes mentionnées de prendre en cas de manquement à la règle du secret professionnel.

C'est au bénéfice de cette interprétation que la disposition peut être admise.

Article 11

13. L'article 11 dispose :

"Le présent accord de coopération entre en vigueur après son approbation par les Chambres législatives fédérales et les Communautés".

Outre le fait que cette disposition devrait mentionner les Parlements des communautés, elle s'expose à la critique qui suit.

La mention selon laquelle l'entrée en vigueur se produit "après" une date manque de précision.

.../...

En outre, plus fondamentalement, même si cette rédaction devait appeler l'interprétation selon laquelle l'accord de coopération entrerait en vigueur le jour de l'assentiment des Chambres législatives fédérales et des Parlements communautaires, elle ne permettrait pas davantage de déterminer le jour précis de cette entrée en vigueur, sauf à supposer que la deuxième des Chambres fédérales et les trois assemblées communautaires se prononcent le même jour, ce qui est peu vraisemblable.

Compte tenu de la règle déduite de l'article 92*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, selon laquelle un accord de coopération soumis à l'assentiment des Parlements entre en vigueur le dixième jour qui suit la date de la publication au Moniteur belge de la dernière norme législative d'assentiment, il n'est pas nécessaire que l'accord de coopération contienne une disposition particulière relative à son entrée en vigueur, sauf si les parties souhaitent mentionner une date précise d'entrée en vigueur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ⁽¹²⁾.

L'article 11 sera donc omis.

OBSERVATION RELATIVE À L'AVANT-PROJET DE DÉCRET

Article 3

La disposition doit être omise car les décrets ne reçoivent pas d'exécutoire puisque leur exécution est réglée par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Pareille technique présente par ailleurs des risques, compte tenu du risque d'entrée en vigueur rétroactive de l'accord de coopération qui pourrait en résulter.

⁽¹³⁾ Conseil d'État, Circulaire de légistique formelle - recommandations et formules, novembre 2001, n° 8.11.2 (<http://www.raadvst-consetat.be>).

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAVEBECK, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE