

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.200/4
DU 28 SEPTEMBRE 2011

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, de la Santé et de l'Égalité des chances de la Communauté française, le 17 août 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 30 septembre 2011 ^(*), sur un avant-projet de décret « modifiant le décret coordonné le 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels », a donné l'avis suivant :

^(*) Par courriel du 18 août 2011.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

A. Pouvoir de décision du Collège d'autorisation et de contrôle

L'avant-projet de décret a pour objet de modifier le décret 'sur les services de médias audiovisuels coordonné le 26 mars 2009' (ci-après, le « décret coordonné ») afin de transposer la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 'modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques' (ci-après la « directive 2009/140/CE »).

Dans ce cadre, il confie au Collège d'autorisation et de contrôle de nouveaux pouvoirs de décision en matière de régulation du marché ex ante et de litiges entre les entreprises.

En ce qui concerne l'indépendance des autorités réglementaires nationales en vue d'assurer de telles missions, les exigences de droit européen sont progressivement devenues plus explicites.

Ainsi, à l'origine, l'article 3 de la directive « cadre »¹ disposait comme suit :

« Article 3

Autorités réglementaires nationales

1. Les États membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent.

¹ 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 (directive « cadre »)'.

2. 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.

3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente.

4. Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible.

5. Les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence se communiquent les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières. En ce qui concerne les informations échangées, l'autorité qui les reçoit assure le même niveau de confidentialité que l'autorité qui les fournit.

6. Les États membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives ».

Tel que remplacé par la directive 2009/140/CE, l'article 3 de la directive « cadre » dispose désormais comme suit :

« 1. Les États membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent.

2. 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.

3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale, transparente et au moment opportun. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées.

3bis. Sans préjudice des paragraphes 4 et 5, les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises conformément à l'article 20 ou 21 de la présente directive agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire. Ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel. Seuls les organismes de recours établis conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmier les décisions prises par les autorités réglementaires nationales. Les États membres veillent à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale visée au premier alinéa ou son remplaçant ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction au sein de l'autorité réglementaire nationale ou leurs remplaçants ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, préalablement définies en droit national. La décision de congédier le chef de l'autorité réglementaire nationale concernée ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction est rendue publique au moment du congédiement. Le chef congédié ou, le cas échéant, les membres congédiés de l'instance collégiale exerçant cette fonction reçoivent un exposé des motifs et ont le droit d'en demander publication si celle-ci n'intervient pas d'office, auquel cas celui-ci est publié.

Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales visées au premier alinéa disposent des budgets annuels distincts. Les budgets sont rendus publics. Les États membres veillent également à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines adéquates pour leur permettre de participer activement et de contribuer à l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

3ter. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soutiennent activement les objectifs de l'ORECE s'agissant de promouvoir une meilleure coordination et une plus grande cohérence en matière de réglementation.

3quater. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des avis de l'ORECE et de ses positions communes lorsqu'elles adoptent leurs propres décisions concernant leurs marchés nationaux.

4. Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités

et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible.

5. Les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence se communiquent les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières. En ce qui concerne les informations échangées, l'autorité qui les reçoit assure le même niveau de confidentialité que l'autorité qui les fournit.

6. Les États membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives ».

Par ailleurs, afin de mieux comprendre la portée de cette nouvelle disposition, spécialement de son nouveau paragraphe 3bis, il faut avoir égard au considérant 13 de la directive 2009/140/CE, qui est ainsi rédigé :

« Il convient de renforcer l'indépendance des autorités réglementaires nationales afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions. À cet effet, il y a lieu de prévoir, en droit national, une disposition expresse garantissant que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises. Une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire. À cette fin, il convient d'établir préalablement des règles concernant les motifs de congédiement du chef de l'autorité réglementaire nationale afin de dissiper tout doute raisonnable quant à la neutralité de cet organisme et à son imperméabilité aux facteurs extérieurs. Il est important que les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante disposent de leur propre budget qui leur permette, en particulier, de recruter suffisamment de personnel qualifié. Afin de garantir la transparence, ce budget devrait être publié tous les ans ».

On peut douter que l'organisation actuelle du Collège d'autorisation et de contrôle garantisse parfaitement l'indépendance désormais requise par l'article 3, paragraphe 3bis, de la directive « cadre » en ce qui concerne ses missions de régulation ex ante en matière de communications électroniques.

À titre d'exemple, on relèvera qu'en ce qui concerne la révocation des membres de ce Collège, l'article 139, alinéas 5 et 6, du décret coordonné prévoit ce qui suit :

« Les membres du Collège d'autorisation et de contrôle sont révoqués par le Parlement de la Communauté française sur proposition du Gouvernement. Le Gouvernement propose la révocation de sa propre initiative ou sur proposition du Collège d'autorisation et de contrôle.

Il y a lieu à révocation :

1° pour les motifs résultant de l'application de l'article 404 du Code judiciaire ;

2° en cas de méconnaissance des règles relatives aux incompatibilités visées par le décret et constatées par l'assemblée plénière, les intéressés ayant été entendus en leurs moyens de défense ;

3° en cas de manquement aux règles de déontologie fixées par le Collège d'autorisation et de contrôle en application de l'article 145, § 2 ».

Cette disposition ne paraît pas conforme à l'article 3, paragraphe 3*bis*, alinéa 2, deuxième et troisième phrases, de la directive « cadre », qui prévoit ce qui suit :

« Les États membres veillent à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale visée au premier alinéa ou son remplaçant ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction au sein de l'autorité réglementaire nationale ou leurs remplaçants ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, préalablement définies en droit national. La décision de congédier le chef de l'autorité réglementaire nationale concernée ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction est rendue publique au moment du congédiement. Le chef congédié ou, le cas échéant, les membres congédiés de l'instance collégiale exerçant cette fonction reçoivent un exposé des motifs et ont le droit d'en demander publication si celle-ci n'intervient pas d'office, auquel cas celui-ci est publié ».

Il appartient par conséquent à l'auteur de l'avant-projet d'examiner si l'organisation actuelle du Collège d'autorisation et de contrôle ne doit pas être revue afin de mieux lui garantir l'indépendance requise par l'article 3, paragraphe 3*bis*, de la directive « cadre » pour ce qui concerne ses missions de régulation du marché ex ante et de résolution des litiges entre entreprises.

B. Tableaux de transposition

La section de législation a souvent recommandé d'établir des « tableaux de transposition », lorsqu'un avant-projet de décret a pour objet de transposer une ou plusieurs directives européennes ².

Ainsi, pour contrôler qu'une directive est transposée correctement et complètement, il est conseillé que l'auteur de l'avant-projet établisse un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de la directive et les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition en projet.

Ce tableau doit également mentionner :

a) les (subdivisions des) articles de la directive qui ont éventuellement déjà été transposés, en correspondance avec les actes de droit interne et les (subdivisions des) articles qui ont procédé à cette transposition;

b) les (subdivisions des) articles de la directive qui doivent encore être transposés par une autre autorité.

Par ailleurs, pour pouvoir lire chaque article de l'acte de transposition à la lumière des exigences de la directive transposée, il convient d'établir aussi un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition et les (subdivisions des) articles de la directive ³.

De tels tableaux de transposition n'ont pas été communiqués à la section de législation ⁴.

Il conviendra de les joindre à l'avant-projet de décret qui sera déposé au Parlement de la Communauté française.

² *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « technique législative », recommandations n^{os} 191 à 194.

³ *Idem.*

⁴ Sur la nécessité de la communication de tels tableaux dès la saisine du Conseil d'État, voir le Rapport annuel 2008-2009, www.raadvst-consetat.be, onglet « L'institution », pp. 47 et sv.

En effet, ces tableaux sont très utiles non seulement pour l'assemblée législative saisie de ce projet mais aussi pour les destinataires des règles :

a) ils permettent à l'assemblée législative de se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l'auteur de l'avant-projet pour atteindre le résultat exigé par la directive;

b) ils permettent d'éviter que l'exercice du droit d'amendement n'excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen laisse aux États membres;

c) ils permettent d'éviter que l'assemblée législative n'envisage de compléter la transposition par l'adoption de dispositions qui existent déjà dans l'ordre juridique interne ou qui relèvent de la compétence d'une autre autorité;

d) ils permettent aux destinataires des règles législatives de connaître leur origine ⁵.

Observations particulières

Dispositif

Nouvel article 1^{er}

Un nouvel article 1^{er} de l'avant-projet de décret devra mentionner que celui-ci a pour objet de transposer partiellement la directive 2009/140/CE.

L'avant-projet doit également contenir une disposition ayant pour objet de modifier le décret coordonné, de sorte que ce décret mentionne désormais qu'il a notamment pour objet la transposition partielle de la directive 2009/140/CE ⁶.

La numérotation des articles sera revue en conséquence.

⁵ *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « technique législative », recommandation n° 193.

⁶ *Ibid.*, formule F 4-1-2-3.

Article 1^{er}

Au 22^oter, pour assurer la transposition correcte de l'article 2, b), de la directive « accès »⁷, il convient, dans la définition de l'interconnexion, d'ajouter le mot « publics » après le mot « réseaux ».

Dans la seconde phrase, il y a lieu d'écrire « entre opérateurs de réseaux publics ».

Article 2

Il convient de modifier l'article 90 en projet du décret coordonné afin de préciser que le Collège d'autorisation et de contrôle détermine les marchés pertinents pour les réseaux et les services de communications électroniques « en tenant le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché », conformément à ce que prévoit l'article 15, paragraphe 3, de la directive « cadre ».

Article 3

1. L'article 91, § 2, en projet n'assure pas une transposition correcte de l'article 16, paragraphe 3, de la directive « cadre » selon lequel, d'une part, c'est dans l'hypothèse où une autorité réglementaire supprime une obligation réglementaire sectorielle s'appliquant déjà qu'elle est tenue d'en avertir les parties concernées et que, d'autre part, cet avertissement doit avoir lieu dans un délai approprié.

La disposition en projet sera revue en conséquence.

2. De l'accord du délégué du ministre, pour assurer correctement la transposition de l'article 14, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de la directive « cadre », il convient de remplacer, à l'article 91, § 3, en projet, les mots « ou des consommateurs » par les mots « et, en fin de compte, des consommateurs ».

⁷ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »)'.

Article 5

L'article 93, §§ 2 et 3, en projet utilise l'expression « toute autre autorité réglementaire belge », qui a une portée très large ne correspondant pas à l'intention de l'auteur de l'avant-projet de décret. Cette notion sera dès lors précisée afin de ne concerner que les autorités réglementaires au sens de l'article 2, g) de la directive « cadre ».

Article 6

1. À l'article 94, § 1^{er}, dernier alinéa en projet, la section de législation se demande si les mots « le plus grand nombre » sont bien conformes à l'intention de l'auteur de l'avant-projet dès lors spécialement qu'il impose une exigence non prévue à l'article 6 de la directive « cadre »⁸

2. Dans le paragraphe 2 de l'article 94 en projet, il convient de préciser que l'obligation de transmission imposée au Collège d'autorisation et de contrôle ne concerne que les projets de décision qui auraient des incidences sur les échanges entre les États membres, conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive « cadre ».

Articles 7 et 8

L'article 7, qui tend à abroger l'article 95 du décret coordonné, sera supprimé étant donné que l'article 8 de l'avant-projet de décret vise précisément à remplacer cet article 95 et la phrase liminaire de l'article 8 sera revue en conséquence.

Article 10

L'article 95ter, § 1^{er}, en projet est rédigé comme suit :

« Le Collège d'autorisation et de contrôle peut, conformément à l'article 91, § 3, imposer des obligations de séparation comptable en ce qui concerne certaines activités dans le domaine de l'interconnexion et de l'accès.

Le Collège d'autorisation et de contrôle peut obliger un opérateur de réseau intégré verticalement à rendre ses prix de gros et ses prix de transferts internes transparents, notamment pour garantir le respect de l'obligation de non-discrimination

⁸ Comparer avec l'article 94, § 3, en projet, lequel transpose l'article 7, paragraphe 7, de la directive « cadre ».

prévue à l'article 95*bis* ou, en cas de nécessité, pour empêcher des subventions croisées abusives.

Un réviseur d'entreprises agréé désigné par l'opérateur de réseau vérifie, aux frais de l'opérateur, le respect de la décision mentionnée à l'alinéa précédent. Le Collège d'autorisation et de contrôle publie chaque année une déclaration relative au respect de cette décision sur la base des conclusions du rapport du réviseur d'entreprises ».

Cette disposition vise à transposer l'article 11, paragraphe 1, de la directive « accès », selon lequel :

« L'autorité réglementaire nationale peut, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations de séparation comptable en ce qui concerne certaines activités dans le domaine de l'interconnexion et/ou de l'accès.

Elles peuvent, notamment, obliger une entreprise intégrée verticalement à rendre ses prix de gros et ses prix de transferts internes transparents, entre autres pour garantir le respect de l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 10 ou, en cas de nécessité, pour empêcher des subventions croisées abusives. Les autorités réglementaires nationales peuvent spécifier le format et les méthodologies comptables à utiliser ».

L'article 95 *ter*, § 1^{er}, alinéa 3, en projet n'est pas conforme à cette disposition de la directive « accès ». Il appartient en effet au Collège d'autorisation et de contrôle de vérifier lui-même le respect de l'obligation de transparence des prix de gros et de transferts internes et, à cette fin, d'imposer éventuellement aux opérateurs concernés la seule utilisation d'un format et de méthodologies comptables particulières.

L'article 95*ter*, § 1^{er}, alinéa 3, en projet sera modifié en conséquence.

Article 11

De l'accord du délégué du ministre, il convient de compléter la disposition en projet afin de transposer également l'article 12, paragraphe 1, alinéa 2, g), h) et j), de la directive « accès ».

La section de législation n'aperçoit pas par ailleurs la raison pour laquelle le paragraphe 3 de cet article 12 n'est pas transposé dans la disposition en projet.

Article 12

1. Comme le propose le délégué du ministre, l'article 95^{quinq}ies, § 1^{er}, alinéa 2, en projet sera supprimé et à l'alinéa 1^{er}, les mots « et au contrôle des prix » seront ajoutés après les mots « récupération des coûts ».

2. De l'accord du délégué, la disposition en projet sera complétée afin d'assurer la transposition de l'article 13, paragraphe 2, de la directive « accès ».

Article 13

De l'accord du délégué, la disposition en projet sera complétée afin d'assurer la transposition des paragraphes 2 et 3 de l'article 13^{ter} de la directive « accès ».

Observation finale

L'avant-projet de décret sera accompagné d'un exposé des motifs et comportera la signature du ministre ayant l'Audiovisuel dans ses attributions ainsi que celle du Ministre-Président⁹.

⁹ . *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « technique législative », recommandation n^{os} 3.13 et 175.1.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
	Y. DE CORDT,	assesseur de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAYEBECK, auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY