

Numéro du rôle : 3170
Arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005

A R R E T

En cause : le recours en annulation partielle du 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, introduit par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications.

La Cour d'arbitrage,

composée du président A. Arts, du juge P. Martens, faisant fonction de président, et des juges R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 26 novembre 2004 et parvenue au greffe le 29 novembre 2004, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, dont le siège est établi à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie 14, a introduit un recours en annulation partielle du 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 (publié au *Moniteur belge* du 9 août 2004).

Le Gouvernement flamand a introduit un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Gouvernement flamand a également introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 15 juin 2005 :

- ont comparu :
 - . Me T. De Cordier, avocat au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;
 - . Me P. Van Orshoven, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement flamand;
- les juges-rapporteurs A. Alen et J.-P. Snappe ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *En droit*

- A -

Position de la partie requérante

A.1. Après avoir résumé la jurisprudence de la Cour concernant la répartition des compétences en matière de radiodiffusion et de télévision, d'une part, et de télécommunications, d'autre part, la partie requérante explique que, en sa qualité de régulateur du secteur des télécommunications belge, elle justifie de l'intérêt requis à l'annulation du décret entrepris. En effet, celui-ci limite ses activités et rend particulièrement difficile l'exercice efficace des compétences qui lui ont été confiées.

A.2. En réponse au mémoire du Gouvernement flamand, qui soutient que les trois moyens invoqués seraient irrecevables à défaut d'exposé, la partie requérante souligne que, pour chacun des trois moyens, elle a indiqué quelles règles répartitrices de compétence ont été violées et quelles sont les dispositions qui transgressent ces règles.

A.3. Dans un premier moyen, la partie requérante invoque la violation des règles répartitrices de compétences en matière de radiodiffusion et de télévision (article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

A.4. Dans une première branche, elle observe que les définitions des notions de « réseau de communications électroniques », « réseau câblé » et « réseau à satellite », utilisées à l'article 2 du décret entrepris, sont formulées d'une manière particulièrement large. Elles n'établissent aucune distinction entre les réseaux qui sont exclusivement utilisés pour des activités de radiodiffusion et les réseaux qui sont également utilisés, entièrement ou partiellement, pour des activités de télécommunications. Contrairement à la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la définition de la notion de « réseau de communications électroniques » fait usage de la notion de « signaux de programmes », sans établir de distinction entre les signaux de programmes et les signaux ordinaires. Dans la mesure où les réseaux de télécommunications ne sont pas exclus du champ d'application des décrets « relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995 » (ci-après les décrets coordonnés sur les médias 1995), ceci aurait pour effet que, pour certains réseaux, tant la réglementation fédérale que les décrets coordonnés sur les médias 1995 seraient applicables, ce qui serait étrange eu égard aux arrêts de la Cour n° 7/90 du 25 janvier 1990 et n° 1/91 du 7 février 1991.

A.5. Dans une deuxième branche, la partie requérante soutient que l'article 18 du décret entrepris viole les règles répartitrices de compétences, en ce qu'il prévoit une réglementation ayant trait aux signaux transmis entre le point de captation et le point où a lieu la régie finale, bien qu'il ne s'agisse pas de signaux de programmes. En effet, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, il est seulement question d'un programme après la régie finale. L'infrastructure de transmission de ces signaux ainsi que le service consistant à transmettre ces signaux ne satisferaient par conséquent pas aux critères utilisés par la Cour pour déterminer s'il s'agit d'un réseau ou d'un service de radiodiffusion, mais bien aux critères d'un réseau de télécommunications. Le législateur décrétoal ne pourrait dès lors pas désigner le « Vlaams Commissariaat voor de Media » (Commissariat flamand aux médias) en tant qu'autorité de tutelle dans cette matière.

A.6. Dans un deuxième moyen, la partie requérante fait valoir que le décret entrepris violerait les règles répartitrices de compétences en matière de droit de la concurrence (article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles). L'article 18 entrepris confère au « Vlaams Commissariaat voor de Media » la compétence de fixer les marchés géographiques pertinents des produits et services dans le secteur des réseaux et des services de communications électroniques. Si le « Vlaams Commissariaat voor de Media » constate que ce marché n'est pas concurrentiel, il vérifie quelles entreprises ont un important pouvoir et il impose à ces entreprises, là où il convient, une ou plusieurs obligations. Selon la partie requérante, les compétences confiées au « Vlaams Commissariaat voor de Media » font partie de la compétence fédérale en matière de concurrence. Il ne serait en outre pas démontré que l'excès de compétence peut être justifié dans le cadre de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

A.7. Dans un troisième moyen, la partie requérante soutient que le législateur décrétoal a violé le principe de proportionnalité dans l'exercice de sa compétence en matière de radiodiffusion et de télévision. Elle renvoie à l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, dans lequel la Cour a considéré que « les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétence ».

Le décret entrepris contient des dispositions qui concernent l'infrastructure électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part. Puisqu'il a été adopté de manière unilatérale, sans aucune forme de concertation ou de coopération, alors que l'arrêt précité de la Cour ferait apparaître l'absolue nécessité de prévoir une coopération, le décret violerait le principe de proportionnalité.

A.8. En raison de l'imbrication des définitions nouvellement introduites et de leur effet sur les autres définitions et dispositions du décret entrepris, celui-ci devrait être annulé dans son ensemble, à l'exception des articles 5, 6, 7, 9, 10, 11 et 15.

Position du Gouvernement flamand

A.9. Selon le Gouvernement flamand, le recours en annulation est irrecevable à défaut d'intérêt. Les dispositions décrétales attaquées concerneraient uniquement l'infrastructure de transmission électronique pour la radiodiffusion et la télévision, alors que la partie requérante est privée par l'arrêt de la Cour n° 132/2004 du 14 juillet 2004 du droit d'exercer ses compétences de régulateur en ce qui concerne l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part. L'accord de coopération approuvé le 20 avril 2005 par le Comité de concertation précise d'ailleurs que la partie requérante ne peut prendre aucune décision concernant des infrastructures pour lesquelles les communautés sont également compétentes, sans qu'un accord de coopération préalable ait été conclu avec les communautés. La partie requérante ne pourrait dès lors pas être affectée par le décret entrepris.

En tant qu'elle attaque les articles 1er, 2, 3, 4, 8, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 et 27 du décret du 7 mai 2004, la partie requérante n'expose en outre pas en quoi elle peut être affectée directement et défavorablement par chacun de ces articles en particulier.

A.10. En outre, le Gouvernement flamand considère que chacun des trois moyens invoqués par la partie requérante est irrecevable à défaut d'exposé. La partie requérante n'expliquerait pas en quoi chacun des articles entrepris excéderait la compétence communautaire en matière de radiodiffusion et de télévision (premier moyen), violerait la compétence fédérale en matière de droit de la concurrence (deuxième moyen) ou porterait atteinte au principe de proportionnalité (troisième moyen).

A.11. Selon le Gouvernement flamand, le premier moyen constitue une paraphrase du moyen qu'il a lui-même invoqué dans son recours en annulation qui a conduit à l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004. Toutefois, la partie requérante a perdu de vue à cet égard que, dans cet arrêt, la Cour n'a pas reproché au législateur fédéral de s'être arrogé une compétence communautaire, mais bien d'avoir violé le principe de proportionnalité en ne laissant pas de marge d'action au législateur décentral.

Le décret entrepris, en revanche, porte uniquement sur la radiodiffusion et la télévision au sens de l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cette compétence doit s'entendre au sens large et comprend également des aspects techniques de la radiodiffusion et de la télévision. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs confirmé que les communautés étaient partiellement compétentes pour transposer les directives européennes en matière de communications électroniques. La jurisprudence de la Cour ferait également apparaître que les communautés peuvent, sur la base de leur compétence en matière de radiodiffusion et de télévision, légiférer dans la matière de l'infrastructure des communications électroniques.

A.12. Selon le Gouvernement flamand, le fait que certaines des dispositions entreprises auraient pour effet que les décrets coordonnés sur les médias 1995 s'appliquent également aux télécommunications n'est pas pertinent sur le plan de la répartition des compétences, parce que la compétence communautaire en matière de radiodiffusion et de télévision inclurait de toute manière une part de télécommunications. Le chevauchement de la radiodiffusion et des télécommunications serait inhérent à la convergence technologique des deux domaines. Cette convergence conduit nécessairement à une déspecialisation des réseaux. Cela veut dire que les réseaux traditionnels de radiodiffusion seront désormais également utilisés pour des activités de télécommunications, et inversement. Par conséquent, ce n'est pas la nature ou la spécificité technique du réseau, mais bien la nature des signaux transmis qui est déterminante pour désigner l'autorité compétente.

Selon le Gouvernement flamand, il est tout à fait normal qu'un opérateur qui exerce aussi bien des activités de télécommunications que des activités de radiodiffusion doive appliquer la législation fédérale relative aux activités de télécommunications et la réglementation communautaire en matière de radiodiffusion et de télévision.

A.13. Le Gouvernement flamand conteste le fait que certaines définitions contenues dans le décret entrepris ne seraient pas claires. La notion de « réseau de communications électroniques » est définie comme étant l'équipement de transmission et, le cas échéant, de commutation et de routage et les autres ressources permettant le transport de signaux de programmes. Quoi qu'il en soit, une imprécision n'implique pas un excès de compétence.

Au demeurant, les définitions des notions de « réseau de communications électroniques », « réseau câblé » et « réseau à satellite » doivent s'entendre dans les limites des compétences du législateur décentral flamand. Celui-ci a ainsi voulu, en utilisant le terme de « signaux de programmes », limiter la notion étendue de « réseau

de communications électroniques » aux aspects relevant de la compétence des communautés en matière de radiodiffusion. Les définitions des notions de « réseau câblé » et « réseau à satellite » se basent sur la définition de la notion de « réseau de communications électroniques », qui est focalisée sur la transmission de signaux de programme. Les signaux de programmes sont, par définition, proposés par un radiodiffuseur. Seuls les réseaux de communications électroniques qui transmettent ce type d'information relèvent du champ d'application des dispositions attaquées.

A.14. Pour terminer, le Gouvernement flamand estime qu'on ne saurait admettre que les communautés ne seraient pas compétentes en ce qui concerne l'infrastructure des communications électroniques entre le point où s'effectue la captation du programme et le point où a lieu la régie finale. La transmission de signaux de programmes vers et entre les réseaux câblés et les têtes de réseau est indissociable de la radiodiffusion et de la télévision. Selon l'article 1er, point a), de la directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, la radiodiffusion télévisuelle comprend la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Le Conseil d'Etat considère également que les faisceaux hertziens au moyen desquels des signaux de programmes sont transmis par les ondes vers les têtes de réseau des câblodistributeurs relèvent de la radiodiffusion et de la télévision.

En tout état de cause, les articles entrepris règlent le transport de signaux de programmes vers et entre les réseaux câblés et de radiodiffusion et entre les têtes de réseau, après la régie finale.

A.15. Selon le Gouvernement flamand, le deuxième moyen manque en fait parce que le décret entrepris, qui s'applique de manière égale à quiconque relève de son champ d'application, ne règle pas la concurrence. Il n'est nullement porté atteinte à la législation fédérale. Il y a lieu, en l'espèce, de faire une distinction entre la régulation *ex ante* spécifique à un secteur et le droit général de la concurrence, même si le régime de régulation *ex ante* spécifique au secteur recourt à des termes et à des méthodes du droit de la concurrence. Ceci ressort également de la réglementation européenne.

A.16. A supposer que le décret entrepris porte sur la concurrence, il s'agit d'une compétence qui est accessoire à la compétence en matière de radiodiffusion et de télévision, et qui satisfait aux trois conditions d'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles : (1) la procédure de l'analyse du marché constitue un élément crucial du nouveau cadre européen de transmission de signaux de communication. L'élaboration d'un cadre complémentaire relatif aux réseaux utilisés pour la transmission de signaux de radiodiffusion doit dès lors nécessairement contenir des règles en matière d'analyse du marché; (2) la procédure d'analyse du marché se prête à une réglementation différenciée. Le choix d'imposer telle ou telle obligation aux exploitants de réseaux de radiodiffusion relève du pouvoir décisionnel discrétionnaire du régulateur compétent; (3) les dispositions entreprises n'affectent la compétence fédérale que de manière marginale, puisqu'elles sont uniquement applicables à un des dix-huit marchés que la Commission européenne a déclarés éligibles pour des obligations *ex ante* et qu'elles laissent intacte l'application des règles générales en matière de concurrence.

A.17. Selon le Gouvernement flamand, le troisième moyen est également une paraphrase de son recours en annulation qui a conduit à l'arrêt de la Cour n° 132/2004 du 14 juillet 2004. Le raisonnement de la Cour ne peut cependant pas être appliqué en l'espèce, vu l'incidence tout à fait marginale de la réglementation communautaire sur l'exercice, par le législateur fédéral, de sa compétence résiduaire en matière de télécommunications. Le Gouvernement flamand n'aperçoit dès lors pas en quoi le législateur décréto rendrait difficile l'exercice, par le législateur fédéral, de ses compétences en matière de télécommunications. La meilleure preuve en est le projet de loi relatif aux communications électroniques, approuvé par la Chambre des représentants le 21 avril 2005.

En outre, la Communauté flamande a proposé à plusieurs reprises d'organiser une concertation en vue de la conclusion d'un accord de coopération.

- B -

Quant aux dispositions entreprises

B.1.1. Le décret 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 » poursuit un double objectif.

B.1.2. D'une part, il transpose les dispositions de la directive (cadre) 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, de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, de la 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, ainsi que de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (article 1er, alinéa 2, du décret entrepris; *Doc.*, Parlement flamand, 2003-2004, n° 2156/1, pp. 3 à 5).

A cette fin, la liste de définitions contenue dans l'article 2 des décrets « relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995 » (ci-après les décrets coordonnés sur les médias 1995) est complétée par les définitions des notions de « réseau de communications électroniques », « réseau câblé », « réseau de radiodiffusion », « réseau de télédiffusion » et « réseau à satellite » (article 2 du décret entrepris). En outre, le décret entrepris introduit une procédure de définition et d'analyse des marchés géographiques pertinents dans le secteur des réseaux de communications électroniques (articles 104*bis* - 104*quater* des décrets coordonnés sur les médias 1995, remplacés par l'article 18 du décret entrepris), modifie le régime d'autorisation des fournisseurs d'un réseau câblé (articles 105 - 112 des décrets coordonnés sur les médias 1995, remplacés par la même disposition) et instaure un régime d'autorisation pour les réseaux de radiodiffusion numérique et les réseaux de télédiffusion numérique (articles 113 - 115*septies* des décrets coordonnés sur les médias 1995, remplacés par la même disposition). Enfin, le décret précité règle l'usage de

normes pour l'émission de signaux télévisés (articles 115*novies* - 115*sexies decies* des décrets coordonnés sur les médias 1995, remplacés par la même disposition) et donne au Gouvernement flamand la possibilité d'édicter des règles relatives aux interfaces des programmes d'application et aux guides de programmes électroniques (articles 115*duodevicies* - 115*undevicies* des décrets coordonnés sur les médias 1995, remplacés par la même disposition).

B.1.3. D'autre part, le décret entrepris a pour objet de donner suite à l'arrêt de la Cour n° 156/2002 du 6 novembre 2002 (*Doc.*, Parlement flamand, 2003-2004, n° 2156/1, p. 5) en modifiant la définition de la notion « radiodiffuser » à l'article 2 des décrets coordonnés sur les médias 1995 (article 2, 1°, du décret entrepris) et en prévoyant une réglementation relative aux services de radio et aux services télévisés (articles 8 et 16 du décret entrepris).

Quant à la recevabilité

B.2.1. Le Gouvernement flamand soutient que la partie requérante ne justifierait pas de l'intérêt requis dans la mesure où les dispositions entreprises concerneraient exclusivement l'infrastructure de transmission électronique pour la radiodiffusion et la télévision, alors que la partie requérante serait privée par l'arrêt de la Cour n° 132/2004 du 14 juillet 2004 du droit d'exercer ses compétences de régulateur en ce qui concerne l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part.

B.2.2. La partie requérante reproche au décret entrepris de ne pas se limiter à l'infrastructure relative à la radiodiffusion et à la télévision, puisque les réseaux de télécommunications ne seraient pas exclus de l'application des décrets coordonnés sur les médias 1995.

B.2.3. Lorsque qu'une exception de non-recevabilité prise de l'absence d'intérêt concerne également la portée à donner aux dispositions attaquées, l'examen de la recevabilité se confond avec l'examen du fond de l'affaire.

B.3.1. Selon le Gouvernement flamand, les trois moyens invoqués par la partie requérante ne seraient pas recevables, faute d'expliquer en quoi chacun des articles attaqués violerait les règles répartitrices de compétences.

B.3.2. Pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, les moyens de la requête doivent faire connaître, parmi les règles dont la Cour garantit le respect, celles qui seraient violées ainsi que les dispositions qui violeraient ces règles et exposer en quoi ces règles auraient été transgressées par ces dispositions.

B.3.3. Il ressort de la requête que la partie requérante expose les raisons pour lesquelles les articles 2, 3, 12 et 18 du décret entrepris violeraient les règles répartitrices de compétences : ces dispositions seraient contraires aux articles 4, 6°, et 6, § 1er, VI, alinéa 5, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, ainsi qu'au principe de proportionnalité. Les autres dispositions du décret entrepris, à l'exception des articles 5, 6, 9, 10, 11 et 15, seraient indissociables des dispositions susvisées.

La requête satisfait dès lors aux exigences mentionnées au B.3.2.

B.3.4. L'exception est rejetée.

Quant au fond

En ce qui concerne la première branche du premier moyen et le troisième moyen

B.4.1. Dans la première branche du premier moyen, la partie requérante soutient que les définitions, données à l'article 2 entrepris, des notions de « réseau de communications électroniques », « réseau câblé » et « réseau à satellite » sont formulées d'une manière si large - sans établir de distinction entre les réseaux qui sont uniquement utilisés pour les activités de radiodiffusion et les réseaux qui sont également utilisés, entièrement ou partiellement, pour

les télécommunications - qu'il en résulterait que les télécommunications relèveraient du champ d'application des décrets coordonnés sur les médias 1995, ce qui serait contraire à l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.4.2. Dans le troisième moyen, la partie requérante fait valoir que le législateur décréte a transgressé le principe de proportionnalité dans l'exercice de sa compétence en matière de radiodiffusion et de télévision, en ce que le décret entrepris contiendrait des dispositions relatives à l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, et que ce décret a été adopté de manière unilatérale, sans aucune forme de concertation ou de coopération, alors que l'arrêt de la Cour n° 132/2004 du 14 juillet 2004 ferait apparaître l'absolue nécessité d'une coopération.

B.4.3. Etant donné que l'examen de la proportionnalité dans l'exercice des compétences attribuées aux communautés ressortit à l'examen de ces compétences elles-mêmes, la première branche du premier moyen et le troisième moyen seront examinés conjointement.

B.5.1. L'article 2 du décret entrepris modifie l'article 2 des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, modifié par les décrets des 22 décembre 1995, 28 avril 1998 et 18 juillet 2003. Il complète et modifie la liste des définitions contenues dans cet article de la manière suivante :

« 1° le 1° est remplacé par la disposition suivante :

‘ 1° radiodiffuser : l'émission primaire, par le biais de réseaux de communications électroniques, codée ou non, de programmes de radio et de télévision ou d'autres genres de programmes, destinés au public en général ou à une partie du public. Sont également visés ici les programmes diffusés sur appel individuel, quelle que soit la technique utilisée pour cette diffusion, en ce compris la technique de bout en bout, et la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Ne sont pas visés les services fournissant des éléments d'information individualisés et caractérisés par une certaine forme de confidentialité ’;

2° le 3° est remplacé par la disposition suivante :

‘ 3° radiodiffuseur : un radiodiffuseur qui assure la production de programmes de radio et autres types de programmes par voie sonore ’;

3° aux 22° et 27°, les mots ‘ réseau de distribution ’ respectivement ‘ réseau câble ’ sont chaque fois remplacés par les mots ‘ réseau câblé ’;

4° un 24°*bis* est inséré, libellé comme suit :

‘ 24°*bis* " réseau de communications électroniques " : l'équipement de transmission et, le cas échéant, de commutation et de routage et les autres ressources permettant le transport de signaux par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques, y compris les réseaux de satellites, les réseaux terrestres fixes (à commutation de circuit et de paquet, y inclus l'Internet) et mobiles ainsi que les systèmes de câbles électriques, dans la mesure où ils sont utilisés pour transmettre des signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle, et les réseaux câblés de télévision, quelle que soit la nature de l'information transportée ’;

5° le 25° est remplacé par la disposition suivante :

‘ 25° réseau câblé : l'équipement de communication électronique permettant de transmettre entièrement ou partiellement, par tout type de fil, à des tiers des signaux, codés ou non, porteurs de programmes ’;

6° un 34°, un 35°, un 36° et un 37° sont ajoutés, libellés comme suit :

‘ 34° réseau de radiodiffusion : réseau de communications électroniques permettant de transmettre des signaux de programmes radio, sous forme numérique, codés ou non, à des tiers par le biais d'émetteurs terrestres. Un réseau de radiodiffusion peut transmettre des signaux de programmes radio dans l'ensemble de la Communauté flamande ou une partie de celle-ci;

35° réseau de télédiffusion : réseau de communications électroniques permettant de transmettre des signaux de programmes radio et télévision, sous forme numérique, codés ou non, à des tiers par le biais d'émetteurs terrestres. Un réseau de télédiffusion peut transmettre des signaux de programmes radio dans l'ensemble de la Communauté flamande ou une partie de celle-ci;

36° réseau à satellite : réseau de communications électroniques permettant de transmettre des signaux de programme, sous forme numérique, codés ou non, à des tiers par satellite;

37° fourniture d'un réseau de communications électroniques : la mise en place, l'exploitation, la surveillance ou la mise à disposition d'un tel réseau. ’;

7° le point 26° est abrogé ».

B.5.2. Lors des travaux préparatoires de cette disposition, il a été déclaré :

« Une définition du ‘ réseau de communications électroniques ’ est insérée en tant que terme général. Cette définition est inspirée de l’article 2.a de la directive cadre en ce sens qu’elle a trait, dans le présent projet de décret, aux matières pour lesquelles la Communauté flamande est compétente, à savoir la radiodiffusion et la télévision, y compris leurs aspects techniques, et les accessoires qui sont indissociables de cette compétence. A partir de cette définition générale, on définit ensuite une série de types de réseaux de communications ressortissant à la compétence de la Communauté flamande : réseau câblé, réseau de radiodiffusion, réseau de télédiffusion et réseau à satellite. Le terme ‘ réseau câblé ’ renvoie en particulier aux réseaux câblés actuels mais peut également porter sur d’autres réseaux filaires. Les autres types de réseaux sont utilisés pour la transmission de signaux de radiodiffusion numérique, via des émetteurs terrestres ou par satellite » (*Doc.*, Parlement flamand, 2003-2004, n° 2156/1, p. 4).

B.5.3. En utilisant le terme « signaux de programmes », le législateur décrétoal a voulu limiter la notion de « réseau de communications électroniques » aux aspects qui relèvent de la compétence des communautés. Cette limitation ressort des travaux préparatoires :

« L’article 2, 4°, insère une définition du ‘ réseau de communications électroniques ’, en guise de terme général pour les réseaux câblés, réseaux de radiodiffusion, réseaux de télédiffusion et réseaux à satellite, définis ensuite. La définition en question est inspirée de l’article 2.a de la directive cadre. L’utilisation du terme ‘ signaux de programmes ’ adapte le champ d’application étendu que cette définition a dans la directive cadre aux matières pour lesquelles la Communauté flamande est compétente. La notion de ‘ réseau de communications électroniques ’ ne comprend pas seulement les réseaux précités, qui sont réglés plus loin dans le présent projet de décret; les services actuels de radiodiffusion analogique peuvent également être qualifiés comme tels » (*Doc.*, Parlement flamand, 2003-2004, n° 2156/1, p. 6).

Les définitions des notions de « réseau câblé », « réseau de radiodiffusion », « réseau de télédiffusion » et « réseau à satellite » sont elles aussi limitées en fonction de la notion de « signaux de programmes ». Les travaux préparatoires précisent à ce sujet ce qui suit :

« L’article 2, 5°, remplace le terme ‘ réseau câble ’ par ‘ réseau câblé ’ et définit celui-ci comme un type bien déterminé de réseau de communications électroniques dont la caractéristique est que les signaux de programmes sont transmis à des tiers par le biais de fils.

[...]

L'article 2, 6°, introduit les définitions de 'réseau de radiodiffusion', 'réseau de télédiffusion' et 'réseau à satellite'. Les définitions en question partent chaque fois de la notion de réseau de communications électroniques, et leurs caractéristiques respectives sont : la transmission de signaux de programmes radio, sous forme numérique, par le biais d'émetteurs terrestres, la transmission de signaux de programmes radio et télévision, sous forme numérique, par le biais d'émetteurs terrestres et la transmission de signaux de programmes, sous forme numérique, par satellite » (*ibid.*, p. 6).

B.5.4. En tant que, par l'usage du terme « signaux de programmes », les définitions contenues dans l'article 2 entrepris doivent s'entendre dans les limites des compétences du législateur décentral, elles n'impliquent pas en soi une violation des règles de compétences.

B.6.1. Toutefois, vu la convergence des secteurs de la radiodiffusion sonore et télévisuelle, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, les dispositions entreprises peuvent s'appliquer à l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part.

B.6.2. Dans son arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, la Cour a jugé comme suit :

« B.4.1. La convergence des secteurs de la radiodiffusion sonore et télévisuelle, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, conduit à une 'désécialisation' de l'infrastructure et des réseaux et à la création de nouveaux services ne répondant plus aux définitions classiques de la diffusion et des télécommunications.

Malgré cette évolution, il reste que, dans le système de répartition des compétences, la matière de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et les autres formes de télécommunications, d'autre part, sont confiées à des législateurs distincts.

B.4.2. En vertu de l'article 4, 6°, de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et de télévision, cependant que le législateur fédéral demeure compétent, sur la base de son pouvoir résiduaire, pour les autres formes de télécommunications.

Dans la répartition des compétences, la radiodiffusion et la télévision sont désignées comme une matière culturelle et c'est cette qualification qui doit servir de base à toute interprétation. La compétence des communautés n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission. Elle permet aux communautés de régler les aspects techniques de la transmission qui sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision. La compétence de régler les autres aspects de l'infrastructure, qui comprennent notamment la police générale des ondes radioélectriques, appartient au législateur fédéral.

Le législateur fédéral et les communautés peuvent créer, chacun pour ce qui le concerne, des établissements et des entreprises dans les matières qui relèvent de leurs compétences.

B.4.3. Les développements technologiques récents ont pour effet que les matières de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, ne peuvent plus être délimitées à l'aide de critères techniques tels que l'infrastructure sous-jacente, les réseaux ou les terminaux utilisés, mais bien sur la base de critères de contenu et de critères fonctionnels.

B.4.4. Le seul fait que le législateur fasse référence aux notions de ' télécommunications ' et de ' réseaux de télécommunication ' telles qu'elles sont définies dans la loi du 21 mars 1991, en vue de déterminer les compétences des régulateurs du secteur des télécommunications, ne permet pas de conclure qu'il a outrepassé sa compétence.

B.5.1. En tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques, l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler cette matière, dès lors que les communautés peuvent, elles aussi, légiférer en l'espèce sur la base de leurs compétences en matière de radiodiffusion et de télévision.

La convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences, l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés pour déterminer les compétences du régulateur.

B.5.2. La Cour observe du reste que les directives européennes du 7 mars 2002 relatives aux réseaux 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. Au cas où plusieurs autorités réglementaires existent au sein d'un Etat membre, les directives mentionnées imposent aux Etats membres de se charger de la coopération dans les sujets d'intérêt commun (article 3, paragraphe 4, de la directive ' cadre ').

B.6.1. Sur la base de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'Etat, les communautés et les régions peuvent conclure des accords de coopération qui portent notamment sur la création et la gestion conjointes de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun. Ils disposent en outre d'autres instruments en vue de donner forme à leur coopération.

B.6.2. En règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétences.

Toutefois, en l'espèce, les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences ».

B.6.3. Il ressort de ce qui précède que l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doit être réglée en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure soit soumise à des dispositions contradictoires.

B.6.4. Par conséquent, en réglant partiellement de manière unilatérale l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, le législateur décrétoal a violé les règles répartitrices de compétences.

B.6.5. Il n'y a pas lieu de tenir compte d'un accord de coopération dont fait état le Gouvernement flamand et qui n'est pas encore entré en vigueur.

B.6.6. Il résulte de ce qui précède que l'article 18 du décret entrepris, qui contient les règles relatives aux réseaux de communications électroniques, doit être annulé.

B.6.7. Afin de permettre au législateur décrétoal d'adopter une nouvelle réglementation, dans le respect de la coopération nécessaire mentionnée en B.6.3, les effets de la disposition annulée doivent être maintenus, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005.

B.7.1. La partie requérante reproche également au législateur décrétoal d'avoir réglé les services de radio et de télévision, en tant que ces services sont transmis par le biais d'une infrastructure commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part.

B.7.2. Les communautés sont compétentes pour les services de radiodiffusion, qui comprennent également la télévision, offerts via cette infrastructure, y compris pour les services qui fournissent des informations publiques destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et qui n'ont aucun caractère confidentiel, même si leur diffusion se fait sur demande individuelle et quelle que soit la technique utilisée pour celle-ci. En revanche, un service qui fournit de l'information

individualisée et caractérisée par une forme de confidentialité ne relève pas de la radiodiffusion.

B.7.3. Selon l'article 28, § 4, des décrets coordonnés sur les médias 1995, tel qu'il a été inséré par l'article 3, § 2, entrepris, les « services de radio » sont des « radiodiffuseurs privés qui s'adressent au public en général ou à une partie du public avec d'autres types de services, ou qui transmettent leurs programmes exclusivement via internet ».

Selon l'article 42 des décrets coordonnés sur les médias 1995, tel qu'il a été remplacé par l'article 12 entrepris, les « services télévisés » sont des « télédiffuseurs privés qui s'adressent au public ou à une partie du public avec d'autres types de services ».

B.7.4. L'analyse des définitions contenues dans l'article 2, 1°, 3° et 4°, des décrets coordonnés sur les médias 1995 révèle qu'un service de radio et un service télévisé, en leur qualité de « radiodiffuseur » et de « télédiffuseur », peuvent uniquement « radiodiffuser » par le biais de « programmes de radio et de télévision ou d'autres genres de programmes, destinés au public en général ou à une partie du public » (article 2, 1°, des décrets coordonnés sur les médias 1995, tel que modifié par l'article 2 entrepris). La définition du terme « radiodiffuser » inclut également « les programmes diffusés sur appel individuel, quelle que soit la technique utilisée pour cette diffusion, en ce compris la technique ' point à point ', et la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public ». En revanche, les « services fournissant des éléments d'information individualisés et caractérisés par une certaine forme de confidentialité » ne sont pas visés (même disposition).

B.7.5. Cette définition répond aux critères mentionnés en B.7.2.

En conséquence, la réglementation relative aux services de radio et aux services télévisés contenue dans les dispositions entreprises n'est pas contraire à l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

En ce qui concerne la deuxième branche du premier moyen et le deuxième moyen

B.8.1. Dans une deuxième branche du premier moyen, la partie requérante fait valoir que l'article 18 du décret entrepris violerait les règles répartitrices de compétences, en ce qu'il prévoit une réglementation relative aux signaux transmis entre le point où s'effectue la captation et le point où a lieu la régie finale, bien qu'il ne s'agisse pas de signaux de programmes, puisqu'on ne pourrait parler d'un programme qu'après la régie finale.

Dans un deuxième moyen, elle soutient que l'article 18 du décret entrepris violerait les règles répartitrices de compétences relatives au droit de la concurrence (article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles), en tant que cette disposition confie au « Vlaams Commissariaat voor de Media » des compétences qui relèveraient de la réglementation de la concurrence.

B.8.2. Etant donné que ces moyens ne peuvent aboutir à une annulation plus étendue, ils ne doivent pas être examinés par la Cour.

Par ces motifs,

la Cour

- annule l'article 18 du 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;

- maintient les effets de la disposition annulée jusqu'à l'entrée en vigueur de la réglementation prise de commun accord visée au B.6.7 et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 13 juillet 2005.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts