

Numéro du rôle : 1754
Arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000

A R R E T

En cause : le recours en annulation partielle du décret de la Communauté française du 4 janvier 1999 modifiant le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel et assurant la transposition de la directive 97/36/CE du 30 juin 1997 et de la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995, introduit par le Conseil des ministres.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents M. Melchior et G. De Baets, et des juges H. Boel, L. François, P. Martens, J. Delruelle, H. Coremans, A. Arts, R. Henneuse et M. Bossuyt, assistée du greffier L. Potoms, présidée par le président M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet du recours*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 6 août 1999 et parvenue au greffe le 9 août 1999, le Conseil des ministres, rue de la Loi 16, 1000 Bruxelles, a introduit un recours en annulation partielle du décret de la Communauté française du 4 janvier 1999 modifiant le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel et assurant la transposition de la directive 97/36/CE du 30 juin 1997 et de la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995 (publié au *Moniteur belge* du 11 février 1999).

II. *La procédure*

Par ordonnance du 9 août 1999, le président en exercice a désigné les juges du siège conformément aux articles 58 et 59 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Les juges-rapporteurs ont estimé n'y avoir lieu de faire application des articles 71 ou 72 de la loi organique.

Le recours a été notifié conformément à l'article 76 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste le 19 octobre 1999.

L'avis prescrit par l'article 74 de la loi organique a été publié au *Moniteur belge* du 11 novembre 1999.

Des mémoires ont été introduits par :

- le Gouvernement flamand, place des Martyrs 19, 1000 Bruxelles, par lettre recommandée à la poste le 29 novembre 1999;

- la s.a. de droit public Belgacom, dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 27, par lettre recommandée à la poste le 1er décembre 1999;

- le Gouvernement de la Communauté française, place Surlet de Chokier 15-17, 1000 Bruxelles, par lettre recommandée à la poste le 2 décembre 1999.

Ces mémoires ont été notifiés conformément à l'article 89 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste le 8 février 2000;

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la partie requérante, par lettre recommandée à la poste le 7 mars 2000;

- la s.a. de droit public Belgacom, par lettre recommandée à la poste le 7 mars 2000;

- le Gouvernement de la Communauté française, par lettre recommandée à la poste le 8 mars 2000;

- le Gouvernement flamand, par lettre recommandée à la poste le 10 mars 2000.

Par ordonnances du 27 janvier 2000 et du 29 juin 2000, la Cour a prorogé respectivement jusqu'aux 6 août 2000 et 6 février 2001 le délai dans lequel l'arrêt doit être rendu.

Par ordonnance du 12 juillet 2000, le président M. Melchior a soumis l'affaire à la Cour réunie en séance plénière.

Par ordonnance du 12 juillet 2000, la Cour a déclaré l'affaire en état et fixé l'audience au 26 septembre 2000.

Cette ordonnance a été notifiée aux parties ainsi qu'à leurs avocats, par lettres recommandées à la poste le 13 juillet 2000.

A l'audience publique du 26 septembre 2000 :

- ont comparu :

. Me L. Misson et Me L. Wysen, avocats au barreau de Liège, pour la partie requérante;

. Me F. Jongen, avocat au barreau de Bruxelles, pour la s.a. de droit public Belgacom;

. Me P. Van Orshoven, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement flamand;

. Me A. Joachimowicz *loco* Me A. Berenboom, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement de la Communauté française;

- les juges-rapporteurs J. Delruelle et A. Arts ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- l'affaire a été mise en délibéré.

La procédure s'est déroulée conformément aux articles 62 et suivants de la loi organique, relatifs à l'emploi des langues devant la Cour.

III. *En droit*

- A -

Intervention de la société anonyme de droit public Belgacom

A.1.1. La société anonyme de droit public Belgacom a déposé un mémoire en intervention.

A.1.2. La société estime avoir intérêt à intervenir devant la Cour en tant qu'exploitante de services de télécommunication. Certains de ses services peuvent passer par Internet et d'autres pas. Or, le caractère très général et dès lors imprécis de la définition inscrite au décret, combiné avec le fait que l'article 1er, 5°, du décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel n'exclut pas de la définition de la télévision les services fournis sur appel individuel (et ce en violation de la directive du 3 octobre 1989), aboutira à englober dans le champ d'application de l'article 19^{quater} du décret tous les nouveaux services utilisant les lignes téléphoniques pour la transmission, sur appel individuel, de données, d'images ou de sons qui ne seront pas considérés comme des correspondances privées. Partant, la fourniture de tels services sera subordonnée à un nouveau régime d'autorisation qui freinera inévitablement le développement et affectera la partie intervenante.

La partie s'apprête également, comme de nombreux autres opérateurs du marché, à lancer des services permettant à ses clients d'offrir des services de vidéo à la demande, de quasi-vidéo à la demande ou de paiement à la séance, services visés également par la disposition en cause. Par l'effet de la disposition litigieuse, de tels services qui échappaient jusqu'ici à tout régime d'autorisation, vont être subordonnés, en Communauté française, à la délivrance préalable d'une autorisation discrétionnaire du Gouvernement et ce en application

conjointe des articles 1er, 23°, et 19^{quater} du décret du 17 juillet 1987, ce qui atteint la liberté d'entreprendre de la partie. Si la Cour annule la disposition litigieuse, l'article 19^{quater} continuera à ne s'appliquer qu'à des services de radiodiffusion et de télévision.

Enfin, en tant que fournisseur du service public des télécommunications sur tout le territoire du Royaume, la partie a intérêt à voir se développer toutes les initiatives qui ont pour effet de générer un plus grand nombre de télécommunications quelles qu'elles soient, même si de telles communications ne sont pas dirigées vers des services qu'elle fournit elle-même. Or, la disposition litigieuse freine, voire empêche, le développement de ces nouveaux services par le régime d'autorisation, ce qui porte atteinte aux intérêts de la partie intervenante.

A.1.3. Le Gouvernement flamand conteste l'intérêt à agir de la s.a. Belgacom et donc la recevabilité de son mémoire. La s.a. Belgacom invoque uniquement un intérêt à l'annulation de la disposition entreprise, ce qui n'est pas la même chose qu'un intérêt à l'arrêt de la Cour. Ce n'est que dans ce dernier cas que l'intervention peut être admise. Par ailleurs, le Gouvernement flamand n'aperçoit pas en quoi la s.a. Belgacom est touchée directement et défavorablement par un arrêt de la Cour étant donné qu'il n'est reproché aux dispositions entreprises qu'une violation des règles répartitrices de compétences. Cela signifie donc que ces dispositions peuvent en tout état de cause être prises ou bien par les communautés ou bien par l'Etat fédéral.

A.1.4. Le Gouvernement de la Communauté française estime que la s.a. de droit public Belgacom ne justifie pas d'un intérêt à intervenir. Elle n'a pas introduit de recours en annulation contre le décret attaqué, et elle s'est désistée du recours en annulation introduit contre l'arrêt du 25 novembre 1996 qui contient la même définition. Par ailleurs, l'acte attaqué n'a pas pour objet de réglementer les services de télécommunication en général mais uniquement les services de radiodiffusion. Or, la partie intervenante ne démontre pas qu'elle exploite personnellement de tels services. En ce qu'elle évoque l'éventualité de développer dans un proche avenir des services de vidéo à la demande, de quasi-vidéo à la demande ou de paiement à la séance, elle ne justifie pas d'un intérêt actuel à l'annulation.

Quant aux quatre moyens

A.2. Concernant l'ensemble des quatre moyens, le Gouvernement de la Communauté française se fonde sur l'arrêt n° 76/98 du 24 juin 1998 pour conclure qu'en l'absence de loi visée à l'alinéa 2 de l'article 35 de la Constitution, un moyen pris de la violation de cet article ne peut être accueilli.

A.2.1. Concernant l'ensemble du problème, le Conseil des ministres estime qu'il faut partager strictement la compétence des communautés en matière de radiodiffusion et de télévision et la compétence de l'Etat fédéral, compétence résiduelle et générale englobant l'ensemble des télécommunications, du multimédia et des technologies de l'information, à l'exception de la radiodiffusion et de la télévision. Ceci doit conduire à une interprétation stricte des concepts de radiodiffusion et télévision. Il faut garder à l'esprit que le Constituant belge a opté pour une réforme institutionnelle de l'Etat en plusieurs phases et qu'au stade actuel, conformément à l'article 35 de la Constitution, dont seule la disposition transitoire est en vigueur, la compétence résiduelle appartient toujours bien à l'Etat fédéral. Il s'agit là d'une compétence de principe.

La partie répond au Gouvernement de la Communauté française que l'article 35 de la Constitution est une disposition qui existe juridiquement : conformément au postulat de rationalité du législateur, en l'espèce le Constituant, la disposition transitoire de cet article 35, qui est en vigueur, peut constituer un fondement constitutionnel au principe d'interprétation stricte de la compétence des communautés.

A.2.2. Concernant l'ensemble des moyens, le Conseil des ministres ajoute encore que l'exercice des compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions doit se faire dans le respect du principe de proportionnalité et du principe de loyauté fédérale. En adoptant des définitions trop larges et indéterminées violant la Convention internationale de Nairobi et les directives communautaires, la Communauté française atteint de manière disproportionnée les compétences de l'Etat fédéral en matière de télécommunication. En allant au-delà du concept même de radiodiffusion, elle empêche l'Etat fédéral d'exercer sa compétence, ce phénomène étant encore aggravé en raison des conséquences technologiques liées au principe de la convergence. Admettre la

thèse de la Communauté française pourrait aboutir à créer une dangereuse insécurité juridique, ce qui démontre le caractère disproportionné et contraire à la loyauté fédérale des définitions adoptées. Il est d'ailleurs très révélateur de constater que la Communauté flamande s'est montrée beaucoup plus raisonnable puisqu'elle a exclu de son système législatif relatif aux services télévisés, les services fonctionnant sur appel individuel.

Quant au premier moyen

Position de la partie requérante

A.3.1. Le premier moyen est pris de la violation des articles 35 et 127, § 1er, de la Constitution et de l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Le Conseil des ministres reproche aux articles 2, alinéa 7, 11, alinéa 4, 15, 18 et 19, ainsi qu'aux articles 2, alinéas 2 à 4, 3, 4, 5, 6, 7, de viser des matières qui ne ressortissent pas à la radiodiffusion ou à la télévision et d'empiéter sur la compétence de l'Etat fédéral en matière de télécommunication, la radiodiffusion et la télévision ne constituant, au sens où on l'entend dans la Convention de Nairobi de l'Union internationale des télécommunications (U.I.T.), qu'un des types de télécommunication.

A.3.2. Le Conseil des ministres tire trois conséquences des règles répartitrices de compétences invoquées dans le moyen : les communautés n'ont de compétences que dans les matières qui leur sont attribuées; la compétence de l'Etat fédéral est une compétence de principe, celle des communautés une exception à cette compétence qui doit être interprétée restrictivement; le concept de radiodiffusion et de télévision doit être défini de manière claire.

A.3.3. Le Conseil des ministres considère que la définition du concept de radiodiffusion et télévision se heurte à une difficulté résultant de l'évolution technologique fulgurante dans le secteur des télécommunications et de l'audiovisuel. Le phénomène de la convergence des technologies des télécommunications avec celles de l'informatique ne peut être ignoré. La digitalisation des télécommunications a changé fondamentalement les données du problème. La Cour d'arbitrage a sans doute reconnu des compétences techniques aux communautés, sous certaines limites, mais les arrêts rendus datent de 1990 et 1991; à ce moment, le nouveau contexte technologique n'était pas encore de mise. Depuis lors, une série de nouveaux services dits « multimédia » sont apparus et continueront d'apparaître. Dès lors que ces services, qu'ils soient de radiodiffusion ou de télécommunication, peuvent être offerts sur une même infrastructure, des problèmes de répartition de compétences entre les communautés et l'Etat fédéral ne manqueront pas de se poser en matière technique : il est évident que le phénomène de convergence entraîne inévitablement que lorsqu'une entité entend réglementer un aspect technique d'un service, cette intervention aura une influence sur les services offerts sur un même type d'infrastructure, mais relevant de la compétence d'un autre pouvoir.

A.3.4. Pour définir le concept de radiodiffusion, le Conseil des ministres se réfère aux conventions internationales des télécommunications et à leur application en droit belge. Il en déduit que la radiodiffusion et la télévision ne sont qu'une petite partie d'une matière plus globale qui est celle des télécommunications. Le critère fondamental qui permet de distinguer ces deux matières est le fait que les émissions de radiodiffusion sont destinées à être reçues directement par le public en général. Les éléments suivants sont importants : la destination des émissions, plutôt que le mode de transmission; les émissions et non le service de radiodiffusion; l'émission plutôt que le programme, c'est-à-dire le contenu de ce qui est diffusé; le concept de public qui doit être entendu dans son acceptation usuelle, c'est-à-dire le public en général plutôt qu'une catégorie de public ou un public virtuel et enfin l'accès direct au public en général.

Pour définir le concept de radiodiffusion, il faut recourir à la méthode dite du « faisceau d'indices ». Ces indices sont les suivants : la réception – simultanée ou non – des émissions par un grand nombre de personnes, l'existence d'une communication point à multipoints, l'absence de confidentialité, l'absence d'un groupe fermé d'utilisateurs, le critère de nature culturelle de l'impact d'un service sur le public en général, le fait que la diffusion du programme a lieu en continu et peut être directement reçue par tous, l'absence de discrétion de l'information transmise, l'absence de personnalisation de la diffusion de l'information, l'absence de relations de point à point, l'absence d'interactivité dans la diffusion de l'information et l'exclusion des services de

communication fonctionnant sur appel individuel. Utilisant cette méthode, le Conseil des ministres relève une série de services qui ne ressortissent pas à la radiodiffusion mais relèvent de la notion de télécommunication et donc de la compétence fédérale.

Le Conseil des ministres souligne ensuite que les dispositions de droit communautaire adoptées au sein de l'Union européenne définissent de manière stricte et précise le concept de radiodiffusion en s'inspirant de certains de ces indices. Il illustre ce propos par deux directives, la directive 89/552/CE du Conseil du 3 octobre 1989 (article 1er) et la directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 (article 1er).

Se fondant sur l'arrêt n° 76/98 du 24 juin 1998 de la Cour, le Conseil des ministres estime que le critère de l'appel individuel est considéré par la Cour comme un élément essentiel à la délimitation des frontières du concept de la radiodiffusion. Il en déduit que des services tels que notamment la vidéo à la demande doivent être exclus de la radiodiffusion puisqu'il s'agit de services de communication fournissant sur appel individuel des éléments d'information.

Se fondant sur l'arrêt n° 52/93 du 1er juillet 1993, le Conseil des ministres estime que la Cour replace clairement tout le débat de la définition de la radiodiffusion dans le cadre de la détermination des compétences culturelles des communautés. Sont dès lors exclus, les services qui n'ont pas cette dimension et qui sont au contraire de nature purement économique, tels que la vidéo à la demande et le télé-achat.

A.3.5. A l'article 2, alinéa 7, du décret entrepris, le Conseil des ministres reproche d'utiliser une définition du concept d'« autres services » par laquelle la Communauté française interprète de manière extensive sa compétence dans le but de réglementer des services qui ne ressortissent pas à la radiodiffusion. Cette définition engloberait des services qui ne sont ni des programmes sonores ni des programmes de télévision, mais d'autres genres d'émissions, des émissions qui ne sont plus diffusées pour le public en général mais qui pourraient l'être pour un seul individu, ce qui engloberait des émissions de point à point, des émissions qui ne sont pas destinées à être reçues « directement » mais « indifféremment » par le public en général, des services qui, échappant au critère de l'absence de confidentialité du message, seraient englobés dans la notion de service de radiodiffusion, tels que des services de consultation de données sur site Internet, des services qui sont visés à l'article 1er, b, alinéa 2, de l'arrêté du 25 novembre 1996 du Gouvernement de la Communauté française, article dont l'alinéa 1er contient une définition des autres services identique à celle qui a ensuite été insérée dans le décret entrepris, des services et des programmes destinés à être reçus par le public en général et non des émissions ayant cette destination.

Le Conseil des ministres relève que les travaux préparatoires révèlent la volonté de la Communauté française d'étendre ses compétences au-delà du concept de radiodiffusion puisqu'il a été fait allusion à Internet et au commerce électronique ainsi qu'à la location de vidéos. Il rappelle l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat concernant le projet d'arrêté du 25 novembre 1996 et fait valoir qu'il ne convient pas qu'une loi votée à la majorité simple définisse un concept contenu dans une loi spéciale de réformes institutionnelles. Le Conseil des ministres conclut que la définition est à ce point indéterminée, large et inexacte, sur le plan des critères universellement utilisés pour définir la notion de radiodiffusion, qu'elle dépasse manifestement le cadre strict des compétences attribuées à la Communauté française et qu'elle doit être annulée en raison de la généralité des termes.

A.3.6. Aux articles 11, alinéa 4, 15, 18 et 19 du décret entrepris, le Conseil des ministres reproche de viser des services de télé-achat qui ne sont pas des services contenus dans un programme radiodiffusé. De tels services s'apparentent au commerce électronique, fonctionnent sur appel individuel et ont une dimension purement économique. Ils échappent à la compétence de la communauté.

A.3.7. Aux articles 2, alinéas 2, 3 et 4, 3, 4, 5, 6 et 7 du décret entrepris, le Conseil des ministres reproche de régler la matière des systèmes d'accès conditionnel qui est une matière large touchant non seulement à la radiodiffusion mais également à la matière des télécommunications. Sont visés les services fonctionnant sur appel individuel, de manière interactive, ou encore des services qui ne sont pas destinés à être reçus directement par le public en général. En se fondant sur l'arrêt n° 1/91 du 7 février 1991 de la Cour, le Conseil des ministres estime que la Communauté française ne peut pas légiférer sur des aspects techniques des systèmes d'accès conditionnel parce que la mission de conserver une cohérence au niveau national en ce qui concerne les questions techniques revient à l'autorité fédérale.

Position de la s.a. de droit public Belgacom

A.4. La s.a. de droit public Belgacom estime que l'article 2 du décret entrepris viole les articles 127, § 1er, de la Constitution et 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Les communautés ne sont pas compétentes pour l'audiovisuel en général ou pour les télécommunications mais uniquement pour la radiodiffusion et la télévision. Il résulte des avis de la section de législation du Conseil d'Etat que cette notion doit être définie à partir des éléments suivants : la radiodiffusion comprend la télévision de sorte que parler de « radiodiffusion et télévision » est un pléonasme; une définition de la radiodiffusion peut être trouvée dans les conventions de l'U.I.T., celle de Montreux (1965) ayant été transposée en droit belge avant l'adoption de la loi spéciale de 1971; si la Convention de Montreux a été remplacée par la suite, les modifications n'ont pas affecté la définition. La radiodiffusion est donc une forme de radiocommunication dont les émissions sont destinées à être reçues par le public en général et qui peut comprendre des émissions sonores, des émissions de télévision et d'autres genres d'émissions. Le critère déterminant est le critère de destination : les émissions sont destinées à être reçues directement par le public en général. Il faut donc vérifier si les autres services visés dans la disposition entreprise sont des émissions destinées à être reçues directement par le public en général.

Dans un avis du 21 novembre 1995, le Conseil d'Etat a souligné que les communautés n'étaient compétentes en matière de réseau câblé que pour régler des activités de radiodiffusion et de télévision.

Dès lors qu'elle se présente comme la validation législative de l'article 1er, b, de l'arrêté du 25 novembre 1996 déjà cité, la disposition doit être interprétée par référence à cette disposition antérieure et tout particulièrement par référence aux exemples qui figuraient dans cette disposition. Il en résulte qu'elle méconnaît les règles de compétence puisqu'elle vise notamment les services à la demande qui ne correspondent pas à la définition donnée ci-dessus.

Une note relative à la fixation du cadre réglementaire des télécommunications en Belgique du 31 mars 1995 de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (I.B.P.T.) est invoquée à l'appui de la thèse de la compétence exclusive de l'Etat fédéral à l'égard des services que l'article 1er, b, de l'arrêté précité, qui sous-tend la disposition litigieuse, qualifie de « services de distribution ou services à la demande caractérisés par une interactivité ».

La partie relève enfin que la question de l'excès de compétence a été aperçue par certains membres de la commission lors de l'adoption de la disposition litigieuse mais que leurs remarques n'ont pas été suivies.

Position du Gouvernement flamand

A.5. Concernant le fond du problème, le Gouvernement flamand considère que la matière de la radiodiffusion et de la télévision a été attribuée dans son intégralité aux communautés, ce qui implique que ces communautés ont une plénitude de compétences en la matière, indépendamment de leur possibilité de recourir à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Le Gouvernement flamand estime que la notion de radiodiffusion et de télévision comprend à tout le moins la radiodiffusion télévisuelle au sens de l'article 1er, a, de la directive 89/552/CEE, modifiée par la directive 97/36/CE. Cela signifie que la distinction entre la radiodiffusion et les autres formes de télécommunication se fonde sur le fait que le destinataire est ou non individualisable. La vidéo à la demande par laquelle l'utilisateur est servi conformément à ses propres désirs n'est donc pas de la radiodiffusion. Par contre, la « Near video on demand » en fait partie, tout simplement parce qu'elle n'est pas fournie en réponse à une demande individuelle mais peut être reçue en même temps par tous les utilisateurs qui la choisissent. Le télétexte, le téléshopping doivent pour la même raison être considérés comme une forme de radiodiffusion télévisuelle, ce qui apparaît de la directive «Télévision sans frontières » elle-même qui part de l'idée que les organismes de radiodiffusion consacrent une partie de leur temps d'émission à de l'information, du sport, du jeu, de la publicité, du télétexte ou du téléshopping. Il en résulte, selon le Gouvernement flamand, que la radiodiffusion reste de la radiodiffusion même quand elle comprend également d'autres choses comme du télétexte, du téléshopping ou de la « Near video on demand ». Dans le même ordre d'idées, on ne peut pas reprocher aux communautés de régler l'accès conditionnel aux médias, le « pay per view », la publicité commerciale ou les événements d'intérêt

majeur à condition qu'il s'agisse chaque fois de radiodiffusion au sens qui a été précisé ci-dessus. Des avis du Conseil d'Etat sont invoqués à l'appui de cette thèse, de même que l'arrêt de la Cour n° 124/99 du 25 novembre 1999.

Position du Gouvernement de la Communauté française

A.6.1. Concernant le premier moyen, le Gouvernement de la Communauté française, se fondant sur la jurisprudence de la Cour, considère tout d'abord que la matière de la radiodiffusion et de la télévision a été confiée dans son ensemble aux communautés, sauf une exception sur un point bien précis, et que la compétence de la communauté doit faire l'objet d'une interprétation large. La partie reconnaît que la Cour a assorti ce raisonnement d'une nuance importante puisque, dans ses arrêts n°s 7/90 et 1/91 déjà cités, elle a estimé qu'il revient à l'autorité fédérale d'assurer la police générale des ondes radioélectriques. Cette jurisprudence reconnaît toutefois aux communautés la compétence d'édicter des normes techniques spécifiques au secteur de la radiodiffusion, pour autant que celles-ci soient compatibles avec les normes techniques générales définies par l'Etat fédéral, et d'appliquer, dans l'exercice de leur compétence d'autorisation ou d'agrément, non seulement les normes techniques communautaires mais également les normes techniques fédérales. Les communautés sont donc compétentes pour cette matière, même dans ses aspects techniques. L'arrêt n° 52/93 déjà cité est également invoqué à l'appui de cette thèse.

A.6.2. Concernant le concept de radiodiffusion et de télévision, le Gouvernement de la Communauté française estime que la notion doit être définie en tenant compte des évolutions technologiques et des objectifs propres poursuivis par les instruments internationaux. Dans un premier temps, l'on peut se référer aux conventions internationales des télécommunications. Il résulte de la définition contenue dans l'annexe 2 de la Convention de Nairobi du 6 novembre 1982 que deux critères fondent la radiodiffusion : le mode de transmission de l'information et la destination.

Le Gouvernement de la Communauté française estime que le premier de ces critères n'est plus pertinent au regard du développement des nouvelles technologies. Une conception qui limiterait la radiodiffusion à la transmission d'émissions à l'aide d'ondes radioélectriques, parce qu'en 1965 on n'en connaissait pas d'autres, figerait cette matière et ne peut être attribuée au législateur spécial. Il résulte en effet des travaux préparatoires des lois des 3 juillet 1971 et 8 août 1980 et de la manière dont deux amendements ont été rejetés qu'il y a lieu de définir la radiodiffusion en tenant compte de l'évolution des techniques de télécommunication. Le Gouvernement estime que cette conception a été confirmée par des avis de la section de législation du Conseil d'Etat et transparait en outre de l'arrêt de la Cour n° 52/93. Cette évolution se constate encore dans les instruments internationaux comme la directive 89/552/CEE déjà citée et cette conception est également partagée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Concernant le critère de la destination, le Gouvernement de la Communauté française estime qu'il faut également tenir compte de l'évolution des techniques. Il se fonde sur l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel n° 163 du 15 décembre 1994 qui met en exergue les évolutions de ce critère, d'un point de vue technique et d'un point de vue sociologique. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel propose dès lors trois critères qui permettraient de définir de manière claire la notion de radiodiffusion, critères que le Gouvernement de la Communauté française approuve. Ces critères sont les suivants : une transmission par un moyen technique quelconque relevant des télécommunications, une transmission destinée à un public virtuellement indéfini et l'absence de confidentialité du message transmis.

A.6.3. Concernant l'article 2, alinéa 7, du décret entrepris, le Gouvernement de la Communauté française estime que la définition met en évidence les deux éléments fondamentaux qui permettent de distinguer la radiodiffusion des émissions à caractère interpersonnel : d'une part, le fait que ces émissions sont destinées indifféremment au public en général, à une partie de celui-ci ou à des catégories de public et, d'autre part, l'absence de caractère privé ou confidentiel du message. Cette définition est conforme à l'intention du législateur spécial, qui entendait tenir compte de l'évolution des techniques et consacrer la compétence des communautés dès lors que ces techniques participent, au titre des matières culturelles, à la formation et à l'épanouissement des individus.

Le Gouvernement de la Communauté française conteste la thèse du requérant selon laquelle la matière doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Il la juge contraire à l'intention générale du législateur spécial.

Concernant les différents éléments de la définition des services, le Gouvernement de la Communauté française estime pour sa part que les services autres que les programmes sonores et de télévision entrent bien dans le concept de radiodiffusion, tel qu'il est défini par la Convention de Nairobi, qui se réfère expressément aux autres genres d'émissions.

Concernant l'évolution du concept de « public », il faut tenir compte de l'évolution des technologies de radiodiffusion. Les termes « public en général » supposent, d'une part, que les émissions soient exemptes de toute communication de personne à personne et, partant, de toute confidentialité et, d'autre part, que ces émissions soient potentiellement accessibles au public ou à une partie de celui-ci, même si cet accès est subordonné à la détention d'un décodeur, par exemple. Il ne faut donc pas que le public ait nécessairement accès à l'émission mais il suffit que cet accès soit possible.

Concernant l'utilisation du terme « indifféremment », plutôt que « directement », le Gouvernement de la Communauté française estime une nouvelle fois qu'il faut tenir compte de l'évolution technologique. Le mot « directement », dans la Convention de Nairobi, était lié au fait que la transmission intervenait par ondes radioélectriques. Il ne faut pas en déduire que la distribution par câble n'entrerait pas dans le concept de radiodiffusion. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs toujours affirmé le contraire.

Concernant les termes « lorsque le contenu du message ne constitue pas une correspondance privée », le Gouvernement de la Communauté française souligne qu'il s'agit en réalité d'une limite apportée à la notion de services, c'est-à-dire une condition supplémentaire pour qu'un service entre dans le champ d'application de la disposition. Cette limite était utile pour établir la distinction entre les émissions de radiodiffusion et celles ayant un caractère interpersonnel, vu l'ambiguïté du critère de la destination au public.

Concernant la liste exemplative contenue dans l'arrêté du 25 novembre 1996, le Gouvernement de la Communauté française fait valoir qu'un acte du pouvoir exécutif ne relève pas de la compétence de la Cour. La liste n'a d'ailleurs pas été reprise dans le décret attaqué. La partie ajoute qu'en tout état de cause, les services repris présentent une parenté incontestable avec les services traditionnels de radiodiffusion.

Le Gouvernement de la Communauté française invoque par ailleurs l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980, qui confie aux communautés les matières culturelles des beaux-arts et des bibliothèques, discothèques et services similaires, et donc la possibilité de régler l'offre de nombreux nouveaux services. Il insiste sur le fait que la technique de transmission des nouveaux services est tout à fait accessoire par rapport au contenu du service lui-même, tout comme la distribution par câble était un accessoire technique de transmission des services traditionnels de radiodiffusion, ce qui explique pourquoi la câblo-distribution a été englobée dans la radiodiffusion. L'article 8 de la loi spéciale du 8 août 1980 est également invoqué.

Concernant la notion de service et d'émission, la partie fait observer que tant le service que l'émission sont destinés au public en général, à une partie de celui-ci ou à une catégorie de public.

Concernant la référence aux travaux préparatoires, la partie estime qu'aucun argument ne peut être tiré des discussions qui sont le reflet de positions divergentes sur certaines difficultés inhérentes à tout procédé de classification. La Communauté française ne prétend pas du tout être compétente pour tous les services qui sont distribués sur le câble, mais seulement pour les services de radiodiffusion véhiculés sur le câble. Le décret ne prétend d'ailleurs pas définir ni le concept de radiodiffusion ni celui de télévision. Il définit simplement la notion d'autres services sans méconnaître la notion de radiodiffusion. Les rapports de l'auditeur du Conseil d'Etat à propos du recours en suspension contre l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 25 novembre 1996 sont invoqués à l'appui de cette thèse. Le Gouvernement de la Communauté française estime enfin que les arguments tirés des directives européennes et de l'arrêt n° 76/98 déjà cité ne sont pas pertinents au regard du problème posé.

A.6.4. Concernant le téléachat, le Gouvernement de la Communauté française souligne que l'article 11 du décret entrepris transpose purement et simplement la définition contenue dans la directive 97/36/CE et que le téléachat constitue un service traditionnel de radiodiffusion lorsqu'il est inséré dans un programme de télévision. Ce service peut également rentrer dans la catégorie des autres genres d'émission lorsqu'il n'est pas inséré dans un programme de télévision. La Communauté française n'entend pas ici élargir ses compétences mais les exercer pleinement. La définition reprise dans l'acte attaqué reprend expressément le terme « diffusion ». Tout comme pour les services de vidéo à la demande, tant le « service » de téléachat que « l'émission » sont destinés à être reçus par le public en général car le contenu qui est transmis n'est pas fonction de considérations fondées sur la personne de son destinataire. Il importe peu que ce service fasse l'objet d'une demande individuelle dès lors que celle-ci appelle une réponse stéréotypée de l'émetteur, et eu égard à l'absence de confidentialité du message transmis, même si, en définitive, l'émission est reçue par un seul récepteur de télévision (tout comme pour les services traditionnels de télévision).

A.6.5. Concernant les systèmes d'accès conditionnel, les dispositions attaquées ont pour objet de transposer dans l'ordre juridique interne les dispositions de la directive 95/47/CE déjà citée, qui s'inscrit dans la politique audiovisuelle de la Communauté européenne. Les définitions données se réfèrent expressément aux services de radiodiffusion. Il s'agit certes d'aspects techniques de la radiodiffusion mais, selon la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, ces aspects relèvent de la compétence des communautés comme l'a d'ailleurs dit le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Réponse du Conseil des ministres

A.7.1. L'interprétation large défendue par la Communauté française est contraire à la logique constitutionnelle actuelle et au partage des compétences qui en résulte. Le Conseil des ministres conteste également les principes d'interprétation que le Gouvernement de la Communauté française prétend déduire des arrêts de la Cour. Il estime que seuls les aspects spécifiques à la matière de la radiodiffusion ont, d'après cette jurisprudence, été inclus dans les compétences des communautés et que la Cour place le débat dans le cadre de la détermination des compétences « culturelles ».

Le Conseil des ministres estime également qu'il faut effectuer une lecture très prudente des arrêts de la Cour n^{os} 7/90 et 1/91 déjà cités parce que ces arrêts ont été pris à une époque où le nouveau contexte technologique n'était pas encore de mise. Il faut donc vérifier pour chaque aspect technique concerné s'il présente un caractère spécifique ou non à la radiodiffusion; il faut être aussi attentif au fait que disposer d'une compétence technique (par exemple, concernant une infrastructure comme le câble) liée à une compétence communautaire pour un service de radiodiffusion n'entraîne pas que la Communauté soit compétente pour la gestion de tout ce qui peut être offert comme service sur cette infrastructure. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue le fait que certaines décisions en matière de normes techniques ou d'autorisation vont inévitablement avoir une influence sur la matière des télécommunications qui reste de compétence fédérale. En insistant sur la compétence communautaire pour les aspects techniques « spécifiques » à la radiodiffusion, la Cour avait sans doute déjà perçu à l'époque toute la complexité des technologies de la communication.

Le Conseil des ministres reproche globalement au décret de la Communauté française, d'une part, de réglementer des services qui ne sont pas de la radiodiffusion et, d'autre part, de régler certains services qui relèvent apparemment de la radiodiffusion mais qui ont des aspects techniques qui ne sont pas spécifiques à cette seule radiodiffusion. Admettre ce deuxième type de compétence introduirait inévitablement un flou total dans une grande partie de la législation belge en matière de nouvelle technologie de l'information, compte tenu du phénomène de convergence. C'est pourquoi le Conseil des ministres considère, d'une part, qu'il appartient aux communautés de respecter les normes techniques nationales prises en la matière, et non de prendre l'initiative de les établir et, d'autre part, que les communautés n'ont de compétence technique que pour ce qui ne touche que « spécifiquement » à la radiodiffusion et non pour les aspects techniques qui concernent aussi les autres télécommunications. Il prend appui à cet égard sur l'arrêt de la Cour qui considère que les normes techniques relatives à la puissance des émetteurs et à l'attribution des fréquences « doivent rester communes à l'ensemble des radiocommunications quelle que soit leur destination ».

A.7.2. Concernant la définition du concept de radiodiffusion, le Conseil des ministres estime que l'interprétation large et évolutive donnée par le Gouvernement de la Communauté française doit être rejetée parce qu'elle viole le principe de la légalité qui suppose que le partage des compétences entre l'Etat fédéral et les

communautés ne peut se faire que par référence à la définition de la radiodiffusion applicable en droit belge, telle qu'elle résulte de la Convention internationale de Nairobi.

Le Conseil des ministres rappelle les différents critères qui permettent de définir la radiodiffusion, critères déjà contenus dans sa requête. Il reproche en particulier à la Communauté française de confondre le programme destiné au public et l'émission destinée à être reçue directement par le public en général. Il estime que cette argumentation pourrait amener une communauté à s'estimer compétente pour réglementer la consultation d'un site par Internet ou l'horloge parlante ou la météo par téléphone pour le motif que le contenu de ces services est destiné à tous et est *a priori* identique pour tout utilisateur alors qu'il s'agit incontestablement de services de télécommunication et non de radiodiffusion.

Le Conseil des ministres reproche par ailleurs à la Communauté française de recourir à la notion « catégorie de public » qui pourrait n'être d'ailleurs composée que d'une seule personne. Cela reflète à nouveau une confusion entre la notion de programme et la notion d'émission. La Communauté veut ainsi englober dans la notion de radiodiffusion les communications de type « point à point », par exemple la vidéoconférence ou le téléachat, qui relèvent assurément de la compétence fédérale. Le Conseil des ministres estime qu'il n'était d'ailleurs pas nécessaire de recourir au concept « catégorie de public » pour justifier la compétence de la Communauté à l'égard de la télévision avec décodeur puisque l'émission de ces services de télévision est bien destinée à être reçue par le public en général, chacun pouvant voir ces émissions, certes brouillées, sur son récepteur de télévision. On reste donc dans un système de diffusion de type « point à multipoints ».

A.7.3. Le Conseil des ministres rappelle l'importance du droit européen en la matière. Il souligne que tant la Commission européenne que le Parlement européen et le Conseil ont adopté comme critère de rattachement à la sphère de la radiodiffusion le critère technique « point à multipoints ». Le Conseil des ministres rappelle que le décret attaqué a pour objet de transposer dans l'ordre juridique interne la directive 95/47/CE ainsi que les dispositions de la directive 97/36/CE. Si la Communauté française s'estimait compétente à cet égard, encore fallait-il qu'elle le fasse de manière conforme et dans le respect des définitions formulées par les deux directives. Le principe de la primauté du droit européen sur le droit belge s'impose en effet à la Communauté française.

Le Conseil des ministres conclut au terme d'une étude de l'évolution du droit européen que celui-ci s'oppose à la décentralisation et à la multiplication des réglementations en matière technique. Si chaque service offert sur un réseau peut nécessiter des réglementations particulières quant à son contenu, la question des infrastructures et celle des services associés à ces infrastructures (par exemple l'accès conditionnel) doivent être réglementées de façon séparée et la plus uniforme possible, peu importe le type de services offerts sur le réseau.

A.7.4. De l'analyse de l'arrêt n° 76/98 déjà cité, le Conseil des ministres déduit que les services fournissant de l'information sur appel individuel ne peuvent être englobés dans la définition de la radiodiffusion, qui implique que « l'émission soit destinée à être reçue directement par le public en général ». En substituant au terme « directement » le terme « indifféremment », la Communauté française altère fondamentalement et sans aucune limite le concept de radiodiffusion. Les travaux préparatoires du décret entrepris révèlent d'ailleurs les incertitudes de la Communauté française quant aux limites de sa compétence, par exemple à l'égard des services Internet. Pour le Conseil des ministres, il est très clair qu'une communication par le biais du réseau Internet est une communication « point à point », du client vers un serveur, un service qui fournit de l'information suite à une demande de l'utilisateur. Même si le contenu du site consulté est le même pour tous, l'émission n'est pas destinée à être reçue directement par le public en général. La vidéo à la demande est également exclue du concept de radiodiffusion.

Le Conseil des ministres souligne que la Communauté flamande, à la différence de la Communauté française, a opté pour une définition des services télévisés qui exclut les services fournissant sur appel individuel des éléments d'information ou d'autres prestations. Cette différence d'option entre communautés pose un problème important à l'égard de l'unité du système des télécommunications en Belgique. En effet, un organisme voulant fournir un service de vidéo à la demande est tenu, conformément aux dispositions décrétales actuelles, de solliciter une autorisation de la part de la Communauté française alors que ce n'est pas le cas pour la Communauté flamande.

A.7.5. Concernant l'argumentation du Gouvernement de la Communauté française tirée de l'article 4, 3° et 5°, de la loi du 8 août 1980, le Conseil des ministres objecte tout d'abord qu'il s'agit de dispositions irrelevantes puisqu'il n'a jamais été fait allusion à ces matières lors des travaux préparatoires du décret ou dans les avis de la section de législation du Conseil d'Etat. Le Conseil des ministres estime ensuite que l'objet principal du décret n'est pas relatif à ces matières, qu'il faut d'ailleurs, conformément aux travaux préparatoires des lois de réformes institutionnelles, ramener à leur juste dimension. Seuls les services non commerciaux sont visés. Or, la Communauté française entend, par le décret entrepris, régler des matières et des services qui ont une dimension commerciale, par exemple la vidéo à la demande ou le téléachat. Une telle interprétation dénature le concept de « matière culturelle ».

Enfin, le Conseil des ministres n'aperçoit pas en quoi la référence au Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (O.M.P.I.) sur le droit d'auteur aurait une quelconque pertinence en l'espèce. En effet, les concepts utilisés dans la matière du droit d'auteur sont tout à fait étrangers à la matière de la radiodiffusion et les définitions applicables varient d'un jeu de normes à l'autre et ne peuvent en aucune manière justifier une quelconque transposition.

A.7.6. A propos du premier moyen, le Conseil des ministres répond tout d'abord à l'argumentation de la Communauté française en précisant qu'il ne peut souscrire aux conclusions contenues dans le rapport de l'auditeur au Conseil d'Etat déjà cité. Il estime que plusieurs passages de ce rapport ne sont pas conformes sur le plan juridique. Tout d'abord, ce rapport omet systématiquement d'exclure de la sphère de la radiodiffusion les services fonctionnant sur appel individuel ou encore les services «point à point». Or, il s'agit là d'une dimension essentielle du problème. Ensuite, ce rapport a été rédigé à une époque où n'avaient pas encore été publiées certaines normes de droit européen en la matière et à une époque où la Cour d'arbitrage n'avait pas encore rendu son arrêt n° 76/98. Il est donc dépassé sur le plan juridique à cet égard.

L'ajout à la définition contenue dans la Convention de Nairobi, que la Communauté française tente de justifier par une interprétation évolutive, doit, selon le Conseil des ministres, être rejeté : une telle interprétation est *contra legem*. La primauté du droit européen est dès lors méconnue. Elle aurait d'ailleurs pour conséquence d'imposer à tout créateur d'un site Internet commercial de solliciter l'autorisation de la Communauté française.

Concernant la liste exemplative contenue dans l'arrêté du 25 novembre 1996 déjà cité, le Conseil des ministres estime qu'il est évident que l'article 2, alinéa 7, du décret entrepris constitue une validation législative de l'arrêté et que les deux dispositions de cet arrêté doivent être considérées comme un tout indissociable.

Le Conseil des ministres conclut que la définition donnée par le décret entrepris et l'application des trois critères de radiodiffusion définis par le Conseil supérieur de l'audiovisuel auxquels se réfère le Gouvernement de la Communauté française sont à ce point larges qu'ils englobent une série de services (la vidéo à la demande, le téléachat, les services boursiers sur Internet, le service de paris «on line») qui n'ont manifestement aucun rapport avec la radiodiffusion. Ceci suffit à justifier une annulation, en raison de la généralité des termes utilisés.

A.7.7. Concernant le téléachat, le Conseil des ministres répond au Gouvernement de la Communauté française que la référence à la définition formulée par la directive européenne n'autorise pas la Communauté française à outrepasser ses compétences et que si l'émission de télévision bien connue «Téléachat» fait partie de la notion de radiodiffusion, il n'en va pas de même de ce qu'il faudrait appeler le téléshopping, service incluant la transmission directe de commandes de biens de consommation par ordinateur, via le téléphone ou le câble. Admettre la compétence de la Communauté pour un tel service, qui serait inclus dans la catégorie des autres genres d'émissions, revient à méconnaître la notion de radiodiffusion télévisuelle formulée dans la directive. Si l'on compare les définitions du téléachat (article 11, alinéa 4, du décret entrepris) et des autres services (article 2, alinéa 7, de ce décret), on constate qu'il n'y a pas de différence entre le commerce électronique et le nouveau téléachat que la Communauté française entend réglementer.

Le Conseil des ministres ajoute enfin à son raisonnement qu'en date du 1er janvier 2000 est paru au *Moniteur belge* un arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 28 octobre 1999 autorisant la s.a. L.T.A. à mettre en œuvre par câble un service de téléachat et un service de télétexte et autorisant cette société à établir et faire fonctionner une station de radiocommunication dans un but de radiodiffusion. Cet arrêté

est fondé sur l'article 19^{quater} du décret du 17 juillet 1987 et sur l'arrêté du 25 novembre 1996, ce qui signifie que la Communauté française inscrit clairement les services de la s.a. L.T.A. dans la catégorie des autres services. Dans d'autres cas, la Communauté française se fonde sur d'autres dispositions du décret du 17 juillet 1987. Il paraît dès lors indispensable qu'elle fournisse une explication claire et explicite sur ce point puisque tout ceci démontre qu'elle entend réglementer deux types de téléachat.

A.7.8. Concernant le système d'accès conditionnel, le Conseil des ministres ajoute à son argumentation que pour bien comprendre le lien entre certains types de services réglés par la Communauté française et la matière des télécommunications, il faut se référer au contenu des définitions formulées par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Les concepts suivants sont importants : service des télécommunications, service public de télécommunication, groupe fermé d'utilisateurs, réseau de télécommunications et réseau public des télécommunications. Le Conseil des ministres juge que manque totalement de fondement le réflexe qui consiste à penser que si un service est offert sur le câble, il y a une forte probabilité qu'il soit inclus dans la notion de radiodiffusion. Il faut prendre en compte la compétence fédérale en matière de télécommunication. A l'argumentation de la Communauté française, le Conseil des ministres répond qu'eu égard au phénomène de convergence, il est manifeste que la matière relative au système d'accès conditionnel n'est pas spécifique à la matière de la radiodiffusion. La Communauté française, qui recourt au concept de télévision numérique, omet de préciser que cette notion englobe non seulement des services de radiodiffusion mais également des services qui ressortissent à la notion de services de télécommunication, tels des services de données (par exemple le téléchargement de logiciels ou de jeux). La législation européenne exclut formellement ces services de la matière de la radiodiffusion. Le Conseil des ministres se réfère à plusieurs études sur la question. Tout ceci plaide, selon le Conseil des ministres, pour une centralisation au niveau fédéral de la compétence pour les aspects techniques en matière de système d'accès conditionnel, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et constitue la seule position permettant d'éviter l'insécurité juridique totale en raison du phénomène de convergence. De manière générale, pour les matières techniques communes à toutes les radiocommunications, la compétence de l'Etat fédéral doit s'appliquer.

Réponse de la s.a. de droit public Belgacom

A.8. La partie intervenante considère que la Communauté française donne une portée trop absolue aux arrêts de la Cour, qui sont plus nuancés sur la possibilité pour les communautés de régler les aspects techniques de la matière. Les arrêts n^{os} 1/91, 52/93 et 76/98 sont rappelés. Selon la partie, il ne résulte en rien de ces arrêts que les communautés seraient devenues compétentes pour l'ensemble de la politique du câble ni *a fortiori* pour ce qui passe par le câble et n'est pas de la radiodiffusion. De façon générale, il faut distinguer les conduits et les contenus : la compétence pour les contenus n'entraîne pas une compétence pour tous les conduits par lesquels transiteraient ces contenus, ni pour d'autres contenus transitant par lesdits conduits.

Le critère déterminant reste la notion de radiodiffusion définie dans les documents déjà signalés. La partie signale que la Convention de Nairobi a été remplacée par la Convention de Genève du 22 décembre 1992, qui conserve une même définition de la radiodiffusion. Cette définition se réfère à un critère de destination inchangé : le critère « modernisé » proposé par la Communauté française, qui évoque la notion de public virtuel et de non-confidentialité, ne peut être suivi. Il faut d'ailleurs relativiser l'importance de l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui, dans sa composition de l'époque, n'était pas une autorité indépendante mais un organisme consultatif sous influence directe du Gouvernement de la Communauté française.

Il est symptomatique de constater que la Communauté française cite la définition des services de télévision figurant dans la directive « télévision sans frontières » de façon partielle sans préciser qu'elle exclut les services fournis sur appel individuel, ce qui constitue l'élément déterminant de la définition. Ceci prouve que la Communauté veut étendre sa compétence au-delà de ce qui était prévu par le législateur spécial. La définition proposée par la Communauté française a pour effet, sinon pour but, de la rendre compétente pour l'ensemble des services disponibles sur Internet (site web et forums de discussions).

Selon la partie, il faut distinguer la notion d'émission, qui évoque intrinsèquement une communication unilatérale et en temps réel, et la notion de service, qui a une portée beaucoup plus large permettant l'interactivité et la fourniture à tout instant au choix du destinataire. Il faut aussi distinguer la notion de « partie du public » de celle de « public ayant un accès possible ».

La s.a. Belgacom estime par ailleurs que l'interprétation de la disposition entreprise ne peut être dissociée de la liste qui était contenue dans l'arrêté du 25 novembre 1996, puisqu'il résulte des travaux préparatoires que c'est pour mettre cette définition à l'abri des critiques de légalité du Conseil d'Etat qu'elle a été convertie en décret.

La partie considère enfin que c'est en vain que la Communauté française invoque l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. Il ne peut être soutenu que la compétence que prétend exercer la Communauté française soit nécessaire à l'exercice des compétences communautaires pour la radiodiffusion ni que la réglementation prise aurait un impact marginal sur la compétence de l'Etat fédéral en la matière.

Réponse du Gouvernement de la Communauté française

A.9. Sur le fond, le Gouvernement de la Communauté française répond à la thèse défendue par la s.a. de droit public Belgacom qu'il n'appartient pas à l'I.B.P.T. de définir la liste des services qui relèvent de la compétence fédérale. Il ajoute que l'I.B.P.T. admet lui-même que le contenu d'un grand nombre de services qu'il énumère ne relève pas de la compétence fédérale et qu'enfin l'I.B.P.T. fait comme si le concept de radiodiffusion était figé dans le temps et que cette notion était imperméable à l'évolution des technologies.

Quant au deuxième moyen

Position de la partie requérante

A.10. Le Conseil des ministres invoque un deuxième moyen pris de la violation des articles 35, 39, 127, 128 et 129 de la Constitution et de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 4° et 7°, de la loi spéciale du 8 août 1980. Il estime que l'article 2, alinéas 2, 3 et 4, ainsi que les articles 3 à 7 du décret entrepris ont trait au droit de la concurrence, au droit des pratiques du commerce et à la propriété industrielle et intellectuelle, matières relevant de la compétence du législateur fédéral. Il invoque à l'appui de cette thèse l'avis du Conseil d'Etat n° 54.189. Il estime que la compétence de l'Etat sur le plan technique développée dans le premier moyen est encore renforcée par sa compétence dans les matières visées par ce deuxième moyen. Dans ces conditions, toute référence à la théorie des pouvoirs implicites fondé sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 doit être rejetée.

Position du Conseil des ministres

A.11. Le Gouvernement de la Communauté française fait observer que le Conseil d'Etat, après avoir constaté que les dispositions attaquées ont trait au droit de la concurrence, aux pratiques du commerce et à la propriété intellectuelle et industrielle, a considéré que ces dispositions pouvaient être adoptées par le législateur communautaire au titre des pouvoirs implicites. La partie cite les explications fournies par la déléguée de la ministre-présidente de la Communauté française au Conseil d'Etat, explications qui ont emporté la conviction de la section de législation du Conseil d'Etat. L'accès conditionnel est en effet un élément essentiel de l'organisation du paysage audiovisuel dans ses évolutions les plus récentes et notamment de la télévision numérique payante, au point que l'Union européenne a adopté une directive spécifique à la matière. Il est dès lors apparu nécessaire à la Communauté française de transposer les règles européennes, étant entendu que la transposition de ces règles était liée à l'exercice de sa compétence principale en matière de radiodiffusion et de télévision et que l'ensemble de la politique de concurrence ne sera pas affecté par l'adoption de la réglementation spécifique au secteur de l'accès conditionnel. La Communauté française a fondé sa compétence

en la matière sur les articles 127, § 1er, de la Constitution, et 4, 6°, 8 et 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Les autres dispositions dont la violation est invoquée au moyen sont étrangères au problème.

A.12. Le Conseil des ministres estime que les conditions exigées par le recours à la théorie des pouvoirs implicites ne sont pas rencontrées en l'espèce. L'impact en particulier sur la matière de la concurrence n'est pas seulement marginal. Il a en effet été démontré que la Communauté française entend contrôler les services d'accès conditionnel de manière large et extensive en appréhendant une série de systèmes « point à point ». Cela influence de manière importante la matière des télécommunications et la concurrence entre les différents opérateurs intervenant dans ce domaine.

Quant au troisième moyen

A.13. Le Conseil des ministres prend un troisième moyen de la violation des articles 35, 127, 128 et 129 de la Constitution ainsi que de l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980. Il reproche aux articles 20, 21, 22 et 23 du décret entrepris de viser la matière de la publicité concernant le tabac, les produits à base de tabac et les produits similaires ainsi que la publicité concernant l'alcool et les boissons alcoolisées et la publicité en faveur des médicaments et traitements médicaux, qui relèvent de la compétence de l'Etat fédéral. Il fait valoir que la jurisprudence de la Cour est fixée en ce sens.

A.14. Le Gouvernement de la Communauté française relève que la section de législation du Conseil d'Etat a considéré que les communautés peuvent, dans les limites fixées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, réglementer la publicité à la radio et à la télévision en faveur des produits dont il s'agit. La Communauté française fonde sa compétence sur les articles 4, 6°, et 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles pris en exécution de l'article 127 de la Constitution. Les autres dispositions invoquées sont étrangères au problème posé.

A.15. Le Conseil des ministres estime que la thèse de la Communauté française ne résiste pas à l'analyse eu égard aux arrêts de la Cour déjà cités, dont le raisonnement a été réaffirmé par l'arrêt n° 102/99 du 30 septembre 1999.

Quant au quatrième moyen

A.16. Le Conseil des ministres prend un quatrième moyen de la violation des articles 35, 127, 128 et 129 de la Constitution et de l'article 6, § 1er, VI, 4° à 7°, de la loi spéciale du 8 août 1980. Il reproche aux articles 25 et 34 du décret entrepris de viser des matières qui ressortissent à la propriété industrielle et intellectuelle et à la liberté de commerce et d'industrie, matières qui relèvent de la compétence de l'Etat fédéral.

A.17. Le Gouvernement de la Communauté française relève que l'article 25 du décret a pour objet de transposer l'article 3bis de la directive 89/552/CEE déjà citée, qui est destinée à garantir l'accès du public aux événements d'intérêt majeur, et que l'article 34 de ce décret étend au niveau de la Communauté française le même objectif. La partie relève que les événements d'intérêt majeur ne relèvent ni du droit des marques, ni du droit des brevets, ni du droit des dessins et modèles, dès lors qu'ils ne sont ni un signe distinctif servant à distinguer les produits ou les services d'une entreprise ni une invention susceptible d'être protégée par un brevet, ni un dessin ou un modèle. Ils ne relèvent pas davantage de la propriété intellectuelle. La liberté de commerce et d'industrie, pour sa part, n'est pas visée par la disposition reprise au moyen mais par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. L'interdiction contenue dans cette disposition ne vise nullement les communautés. Par ailleurs, la liberté de commerce et d'industrie ne peut être conçue comme une liberté absolue, comme la Cour l'a déjà relevé dans plusieurs arrêts. L'établissement d'une liste d'événements majeurs auxquels les téléspectateurs devraient avoir accès ne constitue pas en soi une limitation qui serait disproportionnée avec le but poursuivi qui est de concilier l'exercice des droits d'exclusivité avec l'intérêt des téléspectateurs à avoir accès à ce type d'événements par le canal de la télévision et ainsi d'éviter tout abus dans l'exercice des droits d'exclusivité. L'intervention de la Communauté française en ce sens est apparue nécessaire puisque la matière relève de sa compétence. La partie relève une nouvelle fois que la Communauté française est compétente sur la base des articles 127 de la Constitution et 4, 6°, et 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

A.18. Le Conseil des ministres constate que les dispositions attaquées vont au-delà de celles prévues par l'article 3bis de la directive 97/36/CE en ce qu'elles font obstacle à l'exercice de droits exclusifs non seulement pour des « événements » d'intérêt majeur mais également pour des « catégories d'événements » d'intérêt majeur. Ce faisant, la Communauté française élargit incontestablement sa compétence de manière à englober des catégories plus vastes d'événements d'intérêt majeur, sans apporter la moindre justification de cet ajout, alors que celui-ci est de nature à affecter directement la liberté de commerce et d'industrie ainsi que la propriété industrielle et intellectuelle. L'on pourrait ainsi imaginer que l'ensemble des manifestations sportives automobiles soit considéré comme une « catégorie d'événements ».

- B -

Quant aux dispositions entreprises

B.1. Les articles 2 à 7 du décret de la Communauté française du 4 janvier 1999 modifiant le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel et assurant la transposition de la directive 97/36/CE du 30 juin 1997 et de la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995 disposent :

« Art. 2. L'article 1er du décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, modifié par les décrets des 19 juillet 1991, 21 décembre 1992, et 25 juillet 1996, ci-après dénommé 'le décret', est complété comme suit :

18° Embrouillage : la chaîne des opérations de traitement des signaux audio et vidéo d'un service de radiodiffusion destinée à le rendre inintelligible à toute personne ne disposant pas des titres d'accès requis;

19° Système d'accès conditionnel : l'ensemble des moyens matériels et logiciels utilisés soit par un ou des systèmes de gestion des abonnés, soit par le public lui-même dans le cadre d'une gestion locale de l'accès aux services, pour restreindre l'accès à tout ou partie d'un ou de plusieurs services de radiodiffusion au seul public disposant des titres d'accès requis;

20° Transcontrôle : le procédé permettant de changer de système d'accès conditionnel sans toucher au signal embrouillé d'un service de radiodiffusion;

[...]

23° Autres services : les services, autres que les programmes sonores et de télévision à destination du public en général ou d'une partie de celui-ci, émis par la RTBF ou un organisme de radiodiffusion, visant à la mise à la disposition, concomitante ou non à de tels programmes, de signes, de signaux, de textes, d'images, de sons ou de messages de toute nature, destinés indifféremment au public en général, à une partie de celui-ci ou à des catégories de public, lorsque le contenu du message ne constitue pas une correspondance privée.

Art. 3. Il est inséré dans le décret un chapitre *Vter* intitulé ‘ Les opérateurs de systèmes d'accès conditionnel ’ après l'article 19*quinqies*.

Art. 4. Il est inséré dans le décret un article 19*sexies*, rédigé comme suit :

‘ Article 19*sexies*. Les équipements, loués ou vendus ou autrement mis à disposition du grand public, capables de désembrouiller les signaux des services de radiodiffusion télévisuelle numérique doivent permettre le désembrouillage de ces signaux selon l'algorithme européen commun d'embrouillage administré par un organisme de normalisation européen reconnu et la reproduction de signaux qui ont été transmis en clair à condition que, dans le cas où l'équipement considéré est loué, le locataire se conforme au contrat de location applicable. ’

Art. 5. Il est inséré dans le décret un article 19*septies*, rédigé comme suit :

‘ Article 19*septies*. Les systèmes d'accès conditionnel doivent avoir la capacité technique nécessaire à un transcontrôle peu coûteux, qui permette aux distributeurs de contrôler l'accès de leurs abonnés aux services de radiodiffusion télévisuelle numérique selon leur propre système d'accès conditionnel. ’

Art. 6. Il est inséré dans le décret un article 19*octies*, rédigé comme suit :

‘ Article 19*octies*. Un opérateur de système d'accès conditionnel, qui produit et commercialise des services d'accès aux services de radiodiffusion télévisuelle numérique, fournit à tout organisme de radiodiffusion qui le lui demande, les services techniques permettant que leurs services de radiodiffusion télévisuelle numérique soient captés par les téléspectateurs autorisés par l'intermédiaire de décodeurs gérés par l'opérateur du système d'accès conditionnel, à des conditions d'accès équitables, raisonnables et non discriminatoires.

Lorsqu'il exerce d'autres activités, l'opérateur de systèmes d'accès conditionnel tient une comptabilité financière distincte pour ce qui concerne son activité de fourniture de services d'accès conditionnel. ’

Les organismes de radiodiffusion publient une liste des tarifs pour le téléspectateur, qui tient compte de la fourniture ou non de matériels associés.

Art. 7. Il est inséré dans le décret un article 19*nonies*, rédigé comme suit :

‘ Article 19*nonies*. Lorsqu'ils octroient des licences aux fabricants de matériel grand public, les détenteurs de droits de propriété industrielle relatifs aux systèmes et produits d'accès conditionnel doivent le faire à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. L'octroi des licences, qui tient compte des facteurs techniques et commerciaux, ne peut être subordonné par les détenteurs de droits à des conditions interdisant, dissuadant ou décourageant l'inclusion, dans le même produit :

- soit d'une interface commune permettant la connexion de plusieurs systèmes d'accès autres que celui-ci;

- soit de moyens propres à un autre système d'accès, dès lors que le bénéficiaire de la licence respecte les conditions raisonnables et appropriées garantissant la sécurité des transactions des opérateurs d'accès conditionnel. ' »

L'article 11 du décret entrepris dispose :

« Art. 11. [...] »

L'article 1er, 12°, est remplacé par la disposition suivante :

' 12°. Télé-achat : la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris des biens immeubles, ou de droits et d'obligations. '

[...] »

L'article 15 du décret entrepris dispose :

« Art. 15. Dans l'article 24*bis*, § 1er, alinéa 1er, du décret, les mots ' les organismes de radiodiffusion visés aux chapitres IV et V ' sont remplacés par les mots ' les autres organismes de radiodiffusion télévisuelle '.

Dans l'article 24*bis*, § 1er, alinéa 1er, du décret, les mots ' à l'autopromotion, au télé-achat ' sont insérés entre les mots ' à la publicité ', et les mots ' ou aux services de télétexte '.

Dans l'article 24*bis*, § 1er, alinéa 2, du décret, les mots ' , à l'autopromotion, au télé-achat ' sont insérés entre les mots ' à la publicité ' et les mots ' ou aux services de télétexte '.

Dans l'article 24*bis*, § 2, du décret, les mots ' , à l'autopromotion, au télé-achat ' sont insérés entre les mots ' à la publicité ' et les mots ' ou aux services de télétexte '.

Dans l'article 24*bis* du décret, le paragraphe suivant est inséré : ' § 3*bis*. Pour l'application des §§ 1er et 2, sont assimilées aux œuvres européennes, les œuvres qui sont réalisées essentiellement avec le concours d'auteurs et de travailleurs résidant dans un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne. Ces œuvres sont toutefois comptabilisées au prorata de la part des producteurs établis dans un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne dans le coût total de la production de ces œuvres '.

Dans l'article 24*bis* du décret, le paragraphe suivant est ajouté : ' § 6. Le présent article ne s'applique pas aux services de radiodiffusion télévisuelle destinés à un public local et ne faisant pas partie d'un réseau national. Il ne s'applique pas non plus aux services de radiodiffusion télévisuelle utilisant exclusivement une langue autre que les langues officielles ou reconnues par les Etats de l'Union européenne et dont les émissions sont exclusivement

destinées à être captées en dehors de l'Union européenne et qui ne sont pas reçues directement ou indirectement par le public d'un ou de plusieurs Etats membres. ' »

Les articles 18 à 23 du décret entrepris disposent :

« Art. 18. Dans l'article 24^{quinquies} du décret, première phase, les mots ‘, l'autopromotion’ sont insérés entre les mots ‘ la publicité non commerciale ’ et les mots ‘, le télé-achat ’.

Dans l'article 24^{quinquies}, alinéa 1er, les deux dernières phrases sont remplacées par la phrase suivante : ‘ Pour l'application des articles 27^{quater}, alinéa 5, 27^{quinquies}, 27^{sexies} et 27^{septies}, le parrainage est exclu ’.

Dans l'article 24^{quinquies}, la phrase suivante est ajoutée : ‘ Pour l'application des articles 27^{quater}, alinéas 2 et 5, et 27^{septies}, l'autopromotion est exclue ’.

Art. 19. § 1er. Dans l'article 26^{ter}, § 4, alinéa 2, remplacer le mot ‘ interrompues ’ par le mot ‘ interrompus ’.

Dans l'article 26^{ter}, § 4, un alinéa 3 est inséré : ‘ Le nombre maximal d'écrans réservés aux émissions de télé-achat est fixé à huit écrans par jour. La durée minimale de chaque écran est fixée à 15 minutes ’.

§ 2. Dans l'article 26^{ter}, § 5, du décret, un 3ème alinéa, rédigé comme suit, est ajouté : ‘ Chaque offre doit mentionner distinctement le coût, taxes comprises, des techniques de communication à distance utilisées pour obtenir toutes informations complémentaires sur celle-ci et pour passer commande. Cette mention est facultative, lorsque ce coût correspond au tarif de base applicable à la technique de communication à distance utilisée. ’

§ 3. Dans l'article 26^{ter}, § 5, du décret, l'alinéa suivant est ajouté : ‘ Les programmes de télé-achat ne peuvent inciter les mineurs à conclure des contrats pour la vente ou la location de biens et de services ’.

Art. 20. A l'article 27^{bis}, § 3, du décret, entre les mots ‘ diffuseurs de publicité ’ et les mots ‘ en faveur des médicaments ’ sont insérés les mots ‘ autorisés en vertu de l'article 26 ’.

Art. 21. A l'article 27^{bis}, du décret, inséré par le décret du 19 juillet 1991, les paragraphes suivants sont ajoutés :

‘ § 4. La publicité pour les cigarettes et les autres produits du tabac est interdite.

§ 5. La publicité pour les médicaments et les traitements médicaux qui sont uniquement disponibles sur prescription médicale en Belgique est interdite.

§ 6. La publicité pour les boissons alcoolisées doit respecter les critères suivants :

- elle ne peut être spécifiquement adressée aux mineurs et, en particulier, présenter des mineurs consommant ces boissons;

- elle ne doit pas associer la consommation d'alcool à une amélioration des performances physiques ou à la conduite automobile;

- elle ne doit pas susciter l'impression que la consommation d'alcool favorise la réussite sociale ou sexuelle;

- elle ne doit pas suggérer que les boissons alcooliques sont dotées de propriétés thérapeutiques ou ont un effet stimulant, sédatif ou anti-conflictuel;

- elle ne doit pas encourager la consommation immodérée de boissons alcooliques ou donner une image négative de l'abstinence ou de la sobriété;

- elle ne doit pas souligner comme qualité positive des boissons leur forte teneur en alcool. ' »

Art. 22. A l'article 27*septies*, § 3, du décret, inséré par le décret du 19 juillet 1991, les mots ' d'une heure ' sont remplacés par les mots ' de trois heures '.

Art. 23. Dans l'article 28, § 1er, du décret, modifié par le décret du 19 juillet 1991, un 9°*bis*, rédigé comme suit, est inséré :

' 9°*bis*. Les programmes peuvent être parrainés par des entreprises qui ont pour activité, entre autres, la fabrication ou la vente de médicaments et de traitements médicaux, à condition de ne pas promouvoir des médicaments ou des traitements médicaux spécifiques disponibles uniquement sur ordonnance. ' »

L'article 25 du décret entrepris dispose :

« Art. 25. L'article 29 du décret, abrogé par le décret du 24 juillet 1997, relatif au Conseil supérieur de l'Audiovisuel et aux services privés de radiodiffusion sonore de la Communauté française, est rétabli dans la version suivante :

' Article 29. § 1er. Après avoir pris l'avis du CSA, le Gouvernement peut, annuellement, arrêter une liste des événements ou de catégories d'événements qu'il juge d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française. Ces événements ne peuvent faire l'objet d'un exercice de droits d'exclusivité par un organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence de la Communauté française, de manière telle qu'une partie importante du public de cette Communauté soit privée d'accès à ces événements, par le biais d'émissions de télévision diffusées sur une télévision à accès libre. Le Gouvernement détermine si les événements doivent être transmis en direct ou en différé, en totalité ou par extraits. Le Gouvernement, après avoir pris l'avis du CSA, arrête les modalités selon lesquelles les événements visés ci-dessus doivent être accessibles.

§ 2. Les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de la compétence de la Communauté française s'abstiennent d'exercer des droits d'exclusivité, qu'ils auraient acquis après le 30 juillet 1997, de manière telle qu'ils priveraient d'accès, par le biais d'un service de programme à accès libre, à des événements d'intérêt majeur, dont la liste a été publiée au Journal officiel des Communautés européennes, une partie importante du public d'un Etat membre de l'Union européenne. Ils se conforment aux conditions particulières fixées à l'occasion de la publication des listes précitées et qui concernent l'accès en direct, en différé, en totalité ou par extraits. ' »

L'article 34 du décret entrepris dispose :

« Art. 34. Il est inséré dans le chapitre IX un article *29bis*, rédigé comme suit :

' Article *29bis*. Après avoir pris l'avis du CSA, le Gouvernement peut arrêter annuellement une liste d'événements ou de catégories d'événements qu'il juge d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française, ou pour une partie géographiquement localisée de celui-ci.

Le Gouvernement détermine si ces événements peuvent être transmis par tout organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence, en direct ou en différé, en totalité ou par extrait.

Ces événements ne peuvent dès lors faire l'objet de l'exercice de droits d'exclusivité.

Après avoir pris l'avis du CSA, le Gouvernement peut, annuellement, arrêter les modalités selon lesquelles les événements visés ci-dessus doivent être accessibles. ' »

Quant à l'intervention de la société anonyme de droit public Belgacom

B.2.1. Le Gouvernement de la Communauté française et le Gouvernement flamand contestent l'intérêt à intervenir de la société anonyme de droit public Belgacom (A.1).

B.2.2. Active dans le service des télécommunications, la société anonyme de droit public Belgacom souhaite intervenir à l'appui du recours en tant qu'il porte sur la définition des services « autres » que les programmes sonores et de télévision visés au nouveau point 23° de

l'article 1er du décret de la Communauté française du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, inséré par l'article 2 du décret attaqué.

La question de l'intérêt de la partie intervenante se confond avec le fond de l'affaire.

Quant au fond

Quant à l'article 35 de la Constitution

B.3.1. L'article 35 de la Constitution dispose :

«L'autorité fédérale n'a de compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même.

Les communautés ou les régions, chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes pour les autres matières, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa.

Disposition transitoire

La loi visée à l'alinéa 2 détermine la date à laquelle le présent article entre en vigueur. Cette date ne peut pas être antérieure à la date d'entrée en vigueur du nouvel article à insérer au titre III de la Constitution, déterminant les compétences exclusives de l'autorité fédérale. »

B.3.2. En l'absence de la loi visée à l'alinéa 2 de l'article précité de la Constitution, la Cour ne peut opérer aucun contrôle au regard de cette disposition.

Quant à la transposition de directives européennes

B.4.1. Comme l'indiquent son intitulé et ses articles 1er et 10, le décret entrepris entend assurer la transposition de la directive 97/36/CE du 30 juin 1997 et de la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995.

La transposition dans l'ordre juridique belge d'une directive européenne ne peut se faire que dans le respect des règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions.

Quant à l'article 127, § 1er, de la Constitution et quant à l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles

B.5.1. L'article 127, § 1er, de la Constitution dispose :

« Les Conseils de la Communauté française et de la Communauté flamande, chacun pour ce qui le concerne, règlent par décret :

1° les matières culturelles;

[...] ».

L'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles dispose :

« Les matières culturelles visées à l'article 59bis, § 2, 1°, de la Constitution [actuellement l'article 127, § 1er] sont :

[...]

6° La radiodiffusion et la télévision, à l'exception de l'émission de communications du Gouvernement fédéral».

B.5.2. Sous réserve de l'exception qu'il a prévue, le législateur spécial a transféré aux communautés l'ensemble de la matière de la radiodiffusion et de la télévision. Les communautés sont compétentes pour déterminer le statut des services de radiodiffusion et de télévision et pour édicter des règles en matière de programmation et de diffusion des émissions. Cette compétence n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission. Cette compétence permet aux communautés de régler les aspects techniques de la transmission qui sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et télévision.

B.5.3.1. Le Conseil des ministres part du principe qu'en l'absence d'une disposition dans la Constitution ou dans la loi spéciale, les termes «radiodiffusion et télévision» doivent être interprétés conformément à la Convention de Nairobi du 6 novembre 1982, approuvée par la loi du 28 août 1986, selon laquelle la radiodiffusion, en ce compris la télévision, n'est rien d'autre qu'un type de télécommunication. Le Conseil des ministres en déduit que, dans le partage des compétences entre l'Etat fédéral et les communautés - étant entendu que les télécommunications constituent sans conteste une compétence fédérale -, la notion de «radiodiffusion et télévision» est de stricte interprétation, en tant qu'exception à la compétence fédérale.

B.5.3.2. Un règlement international des télécommunications, tel celui que contient la Convention précitée, qui vise à organiser entre les Etats l'utilisation des fréquences du spectre radioélectrique, ne saurait - en l'absence d'une disposition expresse des lois de réformes de l'Etat et compte tenu du fait que les communautés sont, tout autant que l'Etat fédéral, tenues de respecter ces obligations conventionnelles - être invoqué *a priori* de façon déterminante en vue de délimiter les compétences attribuées respectivement à l'Etat fédéral et aux communautés par la Constitution ou en vertu de celle-ci. Dans ce partage de compétences, la matière de la «radiodiffusion et télévision» est désignée comme une matière culturelle au sens de l'article 127, § 1er, 1°, de la Constitution et c'est cette qualification qui doit servir de base à toute interprétation. En tant que porteuses de sons et d'images, la radio et la télévision sont évidemment liées aux télécommunications, mais ce lien technique ne saurait empêcher que, dans la structure fédérale de l'Etat belge, elles aient été attribuées aux communautés en tant que matière culturelle.

B.5.4. Même si, par suite du développement technique, il est question de convergence extrême entre la radiodiffusion et les autres formes de télécommunication, il reste que le législateur spécial n'a confié aux communautés que la radiodiffusion et la télévision en tant que matière culturelle.

La radiodiffusion, qui comprend la télévision, se distingue des autres modes de télécommunication, notamment par les caractères suivants :

- De par sa nature, la radiodiffusion concerne l'émission de programmes radiophoniques ou télévisuels.

- Un programme de radiodiffusion est destiné au public en général ou à une partie de celui-ci même si l'émission se fait sur demande individuelle. Ni une communication d'un émetteur à un récepteur individualisé (*point to point*), qu'elle soit due à l'initiative d'une station d'émission, d'un téléspectateur ou d'un auditeur, ni un service qui fournit de l'information individualisée à la demande, ne relèvent de la radiodiffusion. La diffusion par radio n'a pas de caractère confidentiel.

Pour pouvoir relever de la compétence normative de la communauté, le service offert par une radiodiffusion doit s'intégrer dans l'activité de la diffusion. Il s'agit substantiellement pour cette activité de l'émission primaire, par voie de signaux codés ou non, de programmes destinés à être reçus directement par le public. Les activités de diffusion ne perdent toutefois pas leur nature au motif que, par suite de l'évolution des techniques, une plus large possibilité de choix serait offerte au téléspectateur ou à l'auditeur.

Quant à l'article 2 du décret entrepris

B.6.1. Le premier moyen critique la définition que l'article 2 du décret donne des « autres services », à savoir « les services, autres que les programmes sonores et de télévision à destination du public en général ou d'une partie de celui-ci, émis par la R.T.B.F. ou un organisme de radiodiffusion, visant à la mise à la disposition, concomitante ou non à de tels programmes, de signes, de signaux, de textes, d'images, de sons ou de messages de toute nature, destinés indifféremment au public en général, à une partie de celui-ci ou à des catégories de public, lorsque le contenu du message ne constitue pas une correspondance privée ».

B.6.2. En prenant en considération la destination du programme au public, en excluant les messages dont le contenu constitue une correspondance privée et en ne visant que les services émis par la R.T.B.F. ou un organisme de radiodiffusion, la Communauté française est restée dans les limites de sa compétence en matière de radiodiffusion telle que celle-ci est précisée en B.5.4.

B.7.1. Le Conseil des ministres reproche au législateur décentralisé d'avoir voulu viser les services, mentionnés à l'article 1er, b, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 25 novembre 1996 relatif à la mise en œuvre d'autres services sur le câble.

B.7.2. La Cour n'est pas compétente pour apprécier la constitutionnalité d'un arrêté. L'article 2 entrepris n'a pas repris l'énumération contenue dans l'arrêté et ne peut être interprété comme habilitant le Gouvernement de la Communauté française à réglementer des services qui ne seraient pas des services de radiodiffusion. Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires du décret qu'un amendement en ce sens a été rejeté (*Doc.*, Parlement de la Communauté française, 1998-1999, n° 268/11, pp. 13 à 15). Si le Gouvernement excède ses pouvoirs, c'est au juge de l'ordre judiciaire et au juge administratif qu'il appartient, selon le cas, d'écarter ou d'annuler le règlement illégal.

Quant aux services de téléachat

B.8. Le premier moyen reproche aux articles 11, alinéa 4, 15, 18 et 19 du décret entrepris de viser des services de téléachat qui échapperaient à la compétence de la Communauté.

Compétentes pour régler la radiodiffusion et la télévision, les communautés peuvent accessoirement prendre des dispositions relatives aux services de téléachat, pour autant que ces services constituent des programmes de radiodiffusion, tels qu'ils ont été définis au B.5.4.

L'article 11, alinéa 4, du décret définit le téléachat comme « la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris des biens immeubles, ou de droits et d'obligations ». Il n'apparaît pas de cette définition, pas plus que des articles 15, 18 et 19 du décret entrepris, que la Communauté française a entendu viser des services de téléachat qui ne constitueraient pas un programme radiodiffusé.

Quant aux systèmes d'accès conditionnel

B.9. Le premier moyen reproche à l'article 2, alinéas 2, 3 et 4, et aux articles 3 à 7 du décret entrepris de régler des systèmes d'accès conditionnel.

En prenant des dispositions relatives aux systèmes d'accès conditionnel, la Communauté française élabore des normes techniques, pour lesquelles elle est compétente à la condition que ces normes soient l'accessoire d'une matière pour laquelle elle est compétente, en l'occurrence la radiodiffusion et la télévision, et qu'elles respectent les normes techniques que l'Etat fédéral peut édicter sur la base de sa compétence d'assurer la police générale des ondes radioélectriques.

Le Conseil des ministres n'établit pas - et la Cour n'aperçoit pas - en quoi la Communauté française serait sortie du cadre de sa compétence en matière de radiodiffusion et en quoi les normes techniques communautaires accessoires seraient incompatibles avec des normes fédérales.

Quant au deuxième moyen

B.10.1. Le deuxième moyen reproche à l'article 2, alinéas 2, 3 et 4, ainsi qu'aux articles 3 à 7 du décret entrepris de régler des matières ayant trait au droit de la concurrence, au droit des pratiques du commerce et à la propriété industrielle et intellectuelle, matières relevant de la compétence du législateur fédéral.

B.10.2. L'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, de la loi spéciale du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 8 août 1988, dispose :

« L'autorité fédérale est, en outre, seule compétente pour :

[...]

4° le droit de la concurrence et le droit des pratiques du commerce, à l'exception de l'attribution des labels de qualité et des appellations d'origine, de caractère régional ou local;

[...]

7° la propriété industrielle et intellectuelle;

[...]. »

L'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose :

« Les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Conseils ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence. »

B.10.3. Les dispositions entreprises ont trait pour partie au droit de la concurrence et des pratiques du commerce et pour partie à la propriété industrielle et intellectuelle, matières pour lesquelles l'autorité fédérale est seule compétente. Elles ne peuvent dès lors être adoptées par la Communauté française qu'aux conditions prévues à l'article 10 de la loi spéciale précitée. Il est alors requis que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la Communauté, que ces matières se prêtent à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur ces matières ne soit que marginale.

B.11. Compétente pour régler les aspects techniques de la radiodiffusion et de la télévision, la Communauté française a pu juger nécessaire de régler des aspects touchant à la télévision numérique et en particulier l'accès conditionnel, qui est un procédé permettant de déterminer quels téléspectateurs auront accès et selon quelles conditions, aux programmes numériques de télévision par l'intermédiaire de décodeurs numériques individuels.

Par ailleurs, les dispositions entreprises qui transposent les règles européennes en la matière n'atteignent que de manière marginale la compétence fédérale. Elles ne s'appliquent en effet qu'à l'égard des relations entre les opérateurs de systèmes d'accès conditionnel et les organismes de télévision numérique, ainsi qu'à l'égard des relations entre les détenteurs de droits de propriété industrielle relatifs aux systèmes et produits d'accès conditionnel et les fabricants de matériel destiné au grand public.

En outre, l'application des règles de la directive se fait sans préjudice de l'application des règles générales en matière de concurrence.

Quant au troisième moyen

B.12.1. Le troisième moyen reproche aux articles 20 à 23 du décret entrepris de viser la matière de la publicité concernant le tabac, les produits à base de tabac et les produits similaires ainsi que la publicité concernant l'alcool et les boissons alcoolisées et la publicité en faveur des médicaments et traitements médicaux, qui relèvent de la compétence de l'Etat fédéral.

B.12.2. La compétence que la loi spéciale a attribuée aux communautés dans le domaine de la publicité commerciale à la radio et à la télévision ne leur permet pas d'adopter des initiatives législatives portant sur des messages publicitaires qui ont pour objet des produits ou services relevant d'une matière pour laquelle l'autorité fédérale est compétente. La nature du média qui apporte le message publicitaire n'enlève rien à cette compétence.

B.12.3. Aux termes de l'article 5, § 1er, I, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980, figurent parmi les matières personnalisables, au titre de la politique de santé :

« 2° L'éducation sanitaire ainsi que les activités et services de médecine préventive, à l'exception des mesures prophylactiques nationales. »

Il ressort des travaux préparatoires de cette loi spéciale (*Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, n° 434/2, pp. 124-125; Chambre, 1979-1980, n° 627-10, p. 52) que le législateur spécial a exclu du transfert de compétence, réalisé par la disposition précitée, notamment, la matière de la « réglementation relative aux denrées alimentaires ». Cette appellation désignait l'objet de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits. Cette loi incluait, à l'époque de l'élaboration de la loi spéciale, la réglementation de la publicité pour le tabac et les produits similaires. Il s'ensuit que le

législateur fédéral est demeuré compétent pour réglementer la publicité concernant les produits du tabac et ceux qui leur sont liés par la marque utilisée.

B.12.4. Cette réserve de compétence s'étend également à la réglementation du parrainage par des produits du tabac.

La publicité et le parrainage ont en commun de tendre à promouvoir directement, ou indirectement par l'octroi d'une image de marque, la vente des produits du tabac.

B.12.5. Il découle de ce qui précède que l'interdiction du parrainage par le tabac, les produits à base de tabac et les produits similaires, comme l'interdiction de la publicité relative à ces produits et à ceux de marques liées auxdits produits, relève de la compétence fédérale.

B.12.6. Il en va de même pour la publicité en faveur de l'alcool et des boissons alcoolisées.

B.12.7. La publicité pour les médicaments et les traitements médicaux est étroitement liée à la matière de l'exercice de l'art de guérir, dont il ressort des travaux préparatoires qu'elle est de compétence fédérale (*Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, n° 434/1, p. 7).

B.12.8. En ce qu'ils contiennent des dispositions relatives à la publicité pour le tabac, pour l'alcool, pour les médicaments et les traitements médicaux, les articles 20 à 23 du décret entrepris portent atteinte à la compétence fédérale en la matière et doivent être annulés.

B.12.9. Etant donné que, pour exercer leur compétence en matière de radiodiffusion et de télévision, les communautés ne doivent pas nécessairement être en mesure de régler par voie décrétable la publicité pour ces produits et leur parrainage, la Communauté française ne peut s'appuyer à cet égard sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée.

Quant au quatrième moyen

B.13. Le quatrième moyen reproche aux articles 25 et 34 du décret entrepris de viser des matières qui ressortissent à la propriété industrielle et intellectuelle et à la liberté de commerce et d'industrie, matières relevant de la compétence de l'Etat fédéral.

B.14. Les articles 25 et 34 du décret entrepris ont pour objet d'habiliter le Gouvernement à arrêter une liste d'événements ou de catégories d'événements jugés d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française ou une partie géographiquement localisée de celui-ci. Ces dispositions tendent à assurer le droit du public à accéder à la diffusion de ces événements et limitent l'exercice de droits d'exclusivité.

En ce qu'elles entraînent ces limitations, de telles dispositions font partie, pour les raisons exposées dans l'arrêt n° 124/99, B.3 à B.6, qui valent également pour la matière de la propriété industrielle et intellectuelle, de la réglementation relative à la radiodiffusion et la télévision, pour laquelle les communautés sont compétentes en vertu de l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

la Cour

- annule les articles 20 à 23 du décret de la Communauté française du 4 janvier 1999 modifiant le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel et assurant la transposition de la directive 97/36/CE du 30 juin 1997 et de la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995 en ce qu'ils contiennent des dispositions relatives à la publicité pour le tabac, pour l'alcool, pour les médicaments et les traitements médicaux;

- rejette le recours pour le surplus.

Ainsi prononcé en langue française, en langue néerlandaise 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 31 octobre 2000.

Le greffier,

Le président,

L. Potoms

M. Melchior