

Communication du Conseil de l'IBPT du 30 novembre 2021 concernant les droits et obligations des « towercos » en matière de partage de sites d'antenne

TABLE DES MATIÈRES

1. Contexte	3
2. Cadre réglementaire applicable.....	4
3. Objectif et principes généraux	5
4. Application du cadre réglementaire aux towercos	6
4.1. Dispositions de l'article 25, §§ 1 ^{er} à 5	6
4.2. Autres dispositions.....	9

1. Contexte

1. Dans cette communication, l'IBPT désigne par le terme « towerco » une société dont l'activité consiste à gérer des sites d'antennes et à les donner en location aux opérateurs mobiles. Certaines towercos sont le résultat de la filialisation des activités de gestion de pylônes d'un opérateur, d'autres sont des sociétés indépendantes des opérateurs.
2. Le recours à des towercos est une pratique désormais courante en Europe, comme en témoignent un certain nombre de transactions examinées par les autorités de la concurrence¹.
3. L'IBPT considère comme plausible que de telles sociétés deviennent actives en Belgique dans un futur proche. Pour cette raison, l'IBPT estime qu'il est approprié de clarifier les droits et obligations de ces sociétés au regard du cadre réglementaire actuel.
4. Cette communication est rédigée sans préjudice d'une évolution du cadre réglementaire en la matière et sous réserve d'une interprétation différente que pourraient donner les cours et tribunaux.

¹À titre d'exemple : Autorité de la concurrence, Décision 19-DCC-169 du 30 août 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Iliad 7 par la société Cellnex France Group ; ACM, Zaaknr. ACM/21/050369, Goedkeuring van de concentratie tussen Cellnex Netherlands B.V. en T-Mobile Infra B.V ; CMA, Cellnex / CK Hutchison UK towers merger inquiry.

2. Cadre réglementaire applicable

5. Le cadre réglementaire pertinent est constitué notamment des articles 25, 26 et 27 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après : « LCE »)² ainsi que de l'arrêté royal du 2 avril 2014 relatif à l'utilisation partagée de sites d'antennes (ci-après : « AR »)³
6. L'article 25 de la LCE définit les droits et obligations des opérateurs en matière d'utilisation partagée des sites d'antennes.
7. L'article 26 de la LCE impose à chaque opérateur de notifier au moins un mois à l'avance aux autres opérateurs et à l'IBPT son intention d'introduire une demande de permis d'urbanisme. Les autres opérateurs doivent, dans le mois qui suit la notification, informer le premier opérateur de leur intention de partager tout ou partie du site concerné.
8. L'article 27 de la LCE définit les conditions dans lesquelles est créée une base de données des sites d'antennes auprès de l'IBPT, contenant toute information pertinente en vue de faciliter l'évaluation de sites pour l'utilisation partagée maximale de ceux-ci.
9. L'article 2 de l'AR définit une base de données des sites d'antennes ainsi que son fonctionnement.
10. L'article 3 de l'AR définit les modalités d'échange d'information entre l'IBPT et les opérateurs dans le cadre de cette base de données.

² Mb. 20 juin 2005, 28070.

³ Mb. 22 mai 2014, 40705.

3. Objectif et principes généraux

11. En général, comme la LCE le définit également, l'IBPT s'efforce, dans les matières relevant de sa compétence, de promouvoir la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources associées⁴.
12. En ce sens, l'IBPT veille également à ce qu'en général, des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés soient appliqués. La prévisibilité réglementaire doit ainsi assurer une approche cohérente ; l'IBPT veille à ce qu'il n'y ait pas de discrimination ; l'IBPT promeut des investissements efficaces et l'innovation dans des infrastructures nouvelles et améliorées ; et l'IBPT préserve la concurrence au profit des consommateurs⁵.
13. La réglementation sur le partage de sites en Belgique vise à concilier efficacement les besoins de la concurrence avec les objectifs en matière d'environnement, de santé publique, de sécurité publique et d'aménagement du territoire.
14. L'IBPT souhaite souligner, particulièrement dans le cadre de la problématique du partage de site d'antennes, qu'avec cette communication au marché, il souhaite apporter suffisamment de transparence vis-à-vis de la façon dont il interprète la législation applicable, notamment celle spécifiquement liée aux acteurs tiers (non-opérateurs) qui fournissent également des sites d'antennes. En ce sens, l'IBPT a donc également opté pour la publication d'une communication qui a pour but de rendre publique l'interprétation de l'IBPT concernant cette législation.

⁴ Voir article 6 de la LCE.

⁵ Voir article 8/1 de la LCE.

4. Application du cadre réglementaire aux towercos

4.1. Dispositions de l'article 25, §§ 1^{er} à 5

Une towerco gère des sites d'antenne au profit d'un opérateur

15. L'article 25, § 6, mentionne que "*Les dispositions des §§ 1er à 5 sont étendues aux sites d'antennes dont le support est la propriété :1° d'une personne qui gère le site d'antennes au profit d'un opérateur [...]*"⁶.
16. Sous réserve de nouvelles informations dont il aurait connaissance, ainsi que d'une éventuelle évolution du cadre législatif d'application, l'IBPT estime que l'article 25, § 6, 1°, de la LCE est applicable aux sites d'antennes appartenant à une towerco. L'article 25, § 6, 1°, de la LCE ne fait pas de distinction entre si cette towerco est contrôlée par un opérateur ou si elle est « indépendante » de celui-ci, mais regarde/se penche plutôt le site. Il est à noter que l'article 25, § 6, 2°, de la LCE fait spécifiquement référence de manière distincte aux towercos soumises à l'influence d'opérateurs⁷.
17. Par conséquent, les dispositions de l'article 25, §§ 1^{er} à 5, s'applique à une towerco pour les sites dont elle est propriétaire des supports, et qui les gère pour un ou plusieurs opérateurs :
 - Obligation de privilégier, dans la mesure du possible, les supports préexistants.
 - Obligation d'autoriser de manière raisonnable et non discriminatoire l'utilisation partagée du site d'antennes et obligation de veiller à ce que les sites qu'elle fait construire ou modifie, soient appropriés à l'utilisation partagée.
 - Obligation d'autoriser l'installation d'antennes sur les supports dont elle est propriétaire et d'autoriser, le cas échéant, l'utilisation des locaux attenants dont elle a la propriété.
 - Obligations relatives à la redevance pour l'utilisation partagée.
 - Obligation de négocier un accord relatif à l'utilisation partagée de sites d'antennes dont les termes sont raisonnables, proportionnés et non discriminatoires.
18. L'article 25, § 6, 1°, ne vise pas les simples loueurs⁸, ni les prestataires de services qui prennent en charge la gestion pour un opérateur mais qui ne sont pas propriétaires de sites ou de supports.

⁶ Les points 2° à 4° vise les situations dans lesquelles une influence dominante lie directement ou indirectement un opérateur et le propriétaire de sites d'antenne. Dans la suite de cette communication, l'IBPT se concentre exclusivement sur le point 1° de l'article 25, § 6.

⁷ Les dispositions de l'article 25, §§ 1^{er} à 5, sont également d'application pour les towercos soumises à l'influence d'un opérateur.

⁸ Il s'agit notamment de loueurs dont la tâche principale n'est pas de mettre en location de tels sites ou supports, mais dont cela représente seulement une activité complémentaire, mineure. Par exemple, le propriétaire/syndic d'un immeuble d'appartements qui loue son toit afin d'y construire des pylônes.

Droit d'une towerco à bénéficier de l'accès partagé aux sites des opérateurs

19. Sans que l'IBPT ne soit en mesure de l'exclure à ce stade, il n'apparaît pas évident que le droit à l'utilisation partagée prévu à l'article 25, § 2, de la LCE soit étendu à une towerco. Selon cet article, ce droit est accordé à des opérateurs. Sur la base de la lecture conjointe des articles 2, 11⁰⁹ et 9¹⁰ de la LCE, une towerco n'est pas un opérateur car elle n'offre pas de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseau public de communications électroniques, mais uniquement un accès aux ressources associées¹¹ à un réseau de communications électroniques. La mise en location de sites d'antenne ne constitue pas la fourniture de services de communications électroniques car il ne s'agit pas d'un service qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques¹². La mise en location de sites d'antenne ne constitue pas non plus la fourniture de réseaux publics de communications électroniques car il ne s'agit pas de la fourniture de systèmes de transmission, de commutation ou de routage et autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux¹³.
20. En outre, il ressort du libellé de l'article 25, § 6, point 1, que les dispositions des §§ 1 à 5, sont étendues non pas aux catégories de personnes visées au § 6, points 1^o à 4^o de cet article, mais aux sites d'antennes appartenant à ces catégories de personnes. Le texte de l'article 25 § 6 précise en effet que les dispositions des §§ 1^{er} à 5 (de l'article 25) sont étendues « *aux sites d'antennes (...)* ». Pour ces raisons, sous réserve d'une interprétation différente par les cours et tribunaux, l'IBPT considère que l'article 25, § 6, n'étend pas à une towerco le droit à l'utilisation partagée prévu à l'article 25, § 2, de la LCE.
21. L'IBPT ne voit par contre aucune objection à ce qu'un opérateur, qui bénéficie du droit à l'utilisation partagée conformément à l'article 25, § 2, de la LCE, exerce ce droit par l'intermédiaire d'un tiers, par exemple une towerco. Toutefois, le droit à l'utilisation partagée prévu à l'article 25, § 2, de la LCE étant expressément accordé aux opérateurs, il semble approprié qu'un opérateur demeure le titulaire du droit en question. Cela n'empêche pas que l'exercice de ce droit puisse être délégué par l'opérateur à une towerco (par exemple, par le biais d'une représentation en tant que service dans un contrat d'entreprise), tant que la towerco concernée continue d'agir au nom et pour le compte de cet opérateur.

Droit à l'accès partagé pour l'opérateur qui vendrait ses sites à une towerco

22. L'opérateur qui transfère ses sites d'antennes à une towerco peut continuer à bénéficier du droit au partage de sites prévu par la LCE, même si cet opérateur lui-même n'a plus de sites d'antennes à offrir aux autres opérateurs. La LCE n'établit aucune distinction à cet égard.

⁹ Conformément à l'article 2, 11^o de la LCE, un opérateur est toute personne soumise à l'obligation d'introduire une notification conformément à l'article 9.

¹⁰ L'article 9 de la LCE prévoit que la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications électroniques ne peut débuter qu'après une notification à l'IBPT.

¹¹ Aux termes de l'article 2, 17^o de la LCE, les infrastructures physiques et autres ressources ou éléments associés à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, permettent ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau ou ce service ou en ont le potentiel, et comprennent, entre autres, les bâtiments ou accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments, les antennes, tours et autres constructions de soutènement, les gaines, conduites, pylônes, trous de visite et boîtiers.

¹² Voir l'article 2, 5^o de la LCE.

¹³ Voir l'article 2, 3^o et 4^o de la LCE.

Application de la « redevance légale » pour l'utilisation partagée

23. Par « redevance légale », l'IBPT entend la redevance pour l'utilisation partagée d'un site déterminée conformément à l'article 25, § 4, qui détermine les coûts que la redevance pour l'utilisation du site partagé peut comprendre¹⁴.
24. L'IBPT a indiqué ci-dessus que l'article 25, § 6, de la LCE s'applique à une towerco qui possède les supports de sites d'antennes en propriété après les avoir acquis d'un opérateur et qui fournit des services de gestion de site à cet opérateur. Dans ce cas, comme prévu à l'article 25, § 6, les dispositions des §§ 1 à 5, de l'article 25, sont étendues aux towercos. La towerco doit donc pratiquer une redevance vis-à-vis des autres opérateurs qui est conforme à l'article 25, § 4.

Participation au RISS

25. Les opérateurs mobiles ont conclu un accord-cadre et créé une ASBL « RISS » (Radio Infrastructure Site Sharing) pour organiser concrètement leur coopération en matière de partage des sites.
26. En application de l'article 25, § 5, de la LCE, une towerco qui possède des sites d'antennes et qui fournit des services de gestion de site à un opérateur doit négocier un accord avec les opérateurs concernant l'utilisation partagée de sites d'antennes dont les termes sont raisonnables, proportionnées et non discriminatoires. Le respect de cette disposition pourrait conduire la towerco à adhérer à l'accord RISS et à l'ASBL RISS. Le choix de régler ou non le partage des sites de manière bilatérale, voire multilatérale (par exemple en adhérant à la RISS), dépend uniquement des préférences (contractuelles) des parties concernées¹⁵.
27. Compte tenu de leur rédaction actuelle, les statuts de l'ASBL RISS devraient être modifiés pour permettre à une towerco d'y adhérer. Une telle modification concernerait notamment les articles 7 et 8 des statuts de l'ASBL RISS du 12 février 2016. Ces articles, qui définissent les notions de membres affiliés et de membres ordinaires, prescrivent, entre autres, que les membres doivent être des opérateurs au sens de la LCE.
28. Un opérateur peut, après la vente de ses sites d'antennes à une towerco, rester membre de l'ASBL RISS sous le même statut. Sur base des statuts actuels, seuls les opérateurs qui ont au moins 1500 sites propres sont reconnus comme membres associés. Toutefois, un site propre est défini comme « *un site d'antenne dont l'opérateur est propriétaire ou qui a conclu un contrat de location avec une tierce partie* ».
29. Comme cela a déjà été mentionné, la manière dont les sites sont partagés relève de la liberté contractuelle des acteurs concernés. L'IBPT souhaite préciser qu'en cas de vente éventuelle

¹⁴ La redevance pour l'utilisation partagée d'un site comprend le coût global, à savoir les coûts directs d'acquisition du terrain ainsi que les coûts réels de construction et d'entretien, augmenté d'un pourcentage égal au coût pondéré moyen de capital de l'opérateur accordant l'utilisation partagée du site. Cette redevance est approuvée au préalable par l'Institut. La redevance est répartie entre tous les opérateurs proportionnellement à leur utilisation réelle ou à leur réservation du site d'antennes. Si l'utilisation partagée du site requiert des travaux de renforcement, les coûts liés à ces travaux sont supportés par les opérateurs qui en sont à l'origine [2, sur base d'un accord dont les termes sont raisonnables, proportionnels et non discriminatoires.

¹⁵ Quelle que soit la solution choisie, l'IBPT souligne que les accords entre entreprises restent soumis aux dispositions pertinentes du droit général de la concurrence.

de sites d'antennes à un tiers, les obligations contractuelles existantes reposant sur le propriétaire-vendeur concerné peuvent être transférées à ce tiers. Cela dépend des dispositions contractuelles applicables à cette vente. À cet égard, l'IBPT tient à souligner que l'article 25 de la LCE prévoit qu'il peut intervenir : « *Le cas échéant, l'Institut peut imposer les mesures qu'il estime nécessaires pour la préservation de l'intérêt général et pour un système rapide d'échange d'informations relatives aux sites et à leur utilisation partagée.* » s'il s'avère que les obligations légales ne sont pas respectées.

4.2. Autres dispositions

30. Dans le contexte du cadre réglementaire actuel, les dispositions de l'article 25, § 7 et celles des articles 26 et 27 ne s'appliquent pas aux towercos étant donné que ceux-ci ne sont pas considérés comme des opérateurs au sens de la LCE.

31. L'IBPT pourrait donc envisager de recommander une modification législative visant à étendre tout ou partie de ces dispositions aux towercos si cela s'avérait souhaitable afin de garantir, entre autres, le bon fonctionnement des échanges d'informations et la concurrence générale. Pour autant que ces dispositions aient permis depuis des années de disposer d'un système de partage des sites qui concilie les exigences de la concurrence avec les objectifs en matière de climat, de santé publique, de sécurité publique, d'urbanisme et d'aménagement du territoire, il serait en effet utile, voire nécessaire, d'analyser si elles doivent également s'appliquer aux towercos qui gèrent les sites d'antennes pour un ou plusieurs opérateurs.

Axel Desmedt
Membre du Conseil

Bernardo Herman
Membre du Conseil

Luc Vanfleteren
Membre du Conseil

Michel Van Bellinghen
Président du Conseil