

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ARRÊT

n° 210.688 du 26 janvier 2011

A. 116.689/XV-1351

A. 119.313/XV-1352

En cause : **la s.a. Belgacom,**
ayant élu domicile chez
Mes N. CAHEN et I. MATHY, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

**1. l'Institut belge des Services Postaux
et des télécommunications**
**2. l'Etat belge, représenté par
le ministre des Télécommunications
et des Entreprises et Participations publiques**

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 février 2002 par la s.a. de droit public BELGACOM, qui demande l'annulation de:

1°. l'avis de date inconnue de l'I.B.P.T. concernant son offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale, version Bruo 2002, en tant que cet avis lui impose de publier une offre de référence pour la fourniture de «lignes louées Backhaul», approuvé par le ministre des Télécommunications et des Entreprises et Participations publiques;

2° l'avis de date inconnue de l'I.B.P.T. concernant son offre de référence pour l'accès à un débit binaire, Version 2002 (Broba I et Broba II), en tant que cet avis lui impose de fournir un «Backhaul leased Capacity Price» (prix pour la capacité de transmission par lignes louées Backhaul), approuvé par le ministre des Télécommunications et des Entreprises et Participations publiques;

3° la décision du 12 décembre 2001 du ministre des Télécommunications lui enjoignant de se conformer aux deux avis de l'I.B.P.T. susvisés (recours 116.689/XV-1351);

Vu la requête introduite le 8 avril 2002 par la même requérante, qui demande l'annulation:

1° du «complément» d'avis de date inconnue concernant la fourniture de «lignes louées Backhaul» - Tarifs pour 2002, complétant l'«avis» de l'I.B.P.T. concernant

‡CGBLJECDA-JFEBFWW‡

XV- 1351 - 1352 - 1/13

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen des recours se présentent comme suit:

Un arrêté royal du 12 décembre 2000 modifie l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics

‡CGBLJECDA-JFEBFWW‡

XV- 1351 - 1352 - 2/13

informations et fixe au 31 août la date limite pour les lui remettre. Le 31 août 2001, le ministre approuve le complément d'avis de l'I.B.P.T. «concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire».

En septembre 2001, des courriers électroniques sont échangés entre la requérante et l'I.B.P.T. au sujet de «la fourniture de lignes louées à partir d'un espace de colocation d'un OLO». Le 2 octobre 2001, le ministre approuve:

- le complément d'avis de l'I.B.P.T. concernant la fourniture de «lignes louées *backhaul*», qui fait suite à l'avis de l'I.B.P.T. «concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale»;
- le complément d'avis de l'I.B.P.T. concernant les tarifs à appliquer en ce qui concerne la «*leased capacity*» (BROBA I) et l'«*Access line*» (BROBA II), qui fait suite à l'avis de l'I.B.P.T. «concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire».

Ces documents ont été communiqués à la requérante par le ministre par un courrier dans lequel il écrit que «Belgacom est enjoint de suivre scrupuleusement ces compléments d'avis de l'I.B.P.T.».

Les compléments d'avis de l'I.B.P.T. et la décision contenue dans la lettre du ministre ont été attaqués par la requérante dans un recours (G/A. 113.686/VI-17.945) qui a été rejeté par l'arrêt n° 208.479 du 26 octobre 2010.

Le 12 décembre 2001, le ministre approuve:

- l'avis de l'I.B.P.T. «concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale» («version 2002»);
- l'avis de l'I.B.P.T. qu'il a également approuvé «concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire» («version 2002»);

Ces documents sont communiqués à la requérante par le ministre par un courrier dans lequel il écrit que Belgacom est tenue de se conformer à ces avis.

Les avis de l'I.B.P.T. et la décision contenue dans la lettre du ministre sont les actes attaqués dans le premier recours (116.689/XV-1351).

Le 6 février 2002, le ministre des télécommunications approuve:

- le complément d'avis de l'I.B.P.T. «concernant l'avis BRUO 2002» «relatif à la fourniture de "lignes louées *backhaul*" - Tarifs pour 2002», qui fait suite à l'avis de l'I.B.P.T. «concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale, version BRUO 2002»;

‡CGBLJECDA-JFEBFWW‡

– le complément d’avis de l’I.B.P.T. «concernant l’avis BROBA 2002» «relatif aux tarifs devant être appliqués pour 2002», qui fait suite à l’avis de l’I.B.P.T. «concernant l’offre de référence de Belgacom pour l’accès à un débit binaire, version BROBA 2002».

Ces documents sont également communiqués à la requérante par le ministre par un courrier dans lequel il écrit que Belgacom est tenue de s’y conformer.

Les avis de l’I.B.P.T. et la décision contenue dans la lettre du ministre sont les actes attaqués dans le second recours (119.313/XV-1352).

Considérant que les recours sont connexes et qu’il y a lieu de les joindre:

Considérant que les modifications apportées par l’I.B.P.T. à l’offre de la requérante s’imposent à elle dès leur approbation, sans même que le ministre ait dû le lui rappeler; que les troisièmes actes attaqués par les recours n’ont pas d’effet de droit; que les recours sont irrecevables en tant qu’ils sont dirigés contre les décisions ministérielles;

Considérant que la requérante prend dans le premier recours un moyen unique, et dans le second recours un premier moyen de la violation «des articles 159 de la Constitution, 1^{er} à 5 du règlement n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l’accès à la boucle locale, 544 et 1134 du Code civil, 4 et 6 de la loi du 31 mai 1961 relative à l’emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l’entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, 68, 69, 75, 106, 107, 108, 108*bis* et 109*ter* de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, telle que modifiée par la loi du 2 janvier 2001 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, des articles 7 à 19 de l’arrêté royal du 4 octobre 1999 fixant les conditions d’exploitation d’un service de lignes louées notamment pour les opérateurs puissants sur le marché, des articles 1, 8^o et 6*bis* à 6*octies* de l’arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d’établissement et d’exploitation de réseaux publics de télécommunications tel que modifié par l’arrêté royal du 12 décembre 2000, des principes généraux de droit relatifs notamment à la liberté contractuelle, des principes de bonne administration, de l’excès et du détournement de pouvoir»;

que dans une première branche, elle soutient que seule la loi peut porter atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété, inscrits aux articles 1134 et 544 du Code civil, que l’article 69 de la loi du 21 mars 1991 dispose que toutes les activités en matière de télécommunications sont libres, sous réserve des restrictions y apportées par ladite loi, qu’en ce qui concerne les lignes louées, la loi n’institue

‡CGBLJECDA-JFEBFWW‡

aucune obligation à sa charge de communiquer une offre de référence à l'I.B.P.T. ni n'autorise cette autorité à émettre des avis contraignants;

que, dans une seconde branche, elle soutient que si le Conseil d'État devait considérer que les avis attaqués, bien que relatifs à des lignes louées, sont néanmoins régis par les dispositions relatives à l'accès dégroupé à la boucle locale ou au débit binaire, encore devrait-il constater que l'avis en l'espèce, à tout le moins relatif à l'accès au débit binaire (BROBA), est illégal et devrait-il l'écarter en vertu de l'article 159 de la Constitution; qu'elle estime que, concernant l'accès au débit binaire, l'obligation pour l'opérateur puissant de publier une offre de référence, et par voie de conséquence l'avis de l'I.B.P.T. sur cette offre, reposent sur des dispositions réglementaires illégales; qu'après avoir rappelé qu'il ne peut être porté atteinte aux principes de la liberté contractuelle et du droit de propriété que par une loi, elle expose que la seule restriction à cette liberté existant en matière d'accès binaire est de respecter le principe de l'orientation sur les coûts, et que la seule compétence de l'I.B.P.T. à cet égard est de donner un avis en cas d'augmentation de tarif; qu'elle en conclut que l'arrêté royal du 12 décembre 2000 est illégal et ne peut être appliqué en ce qu'il lui impose de publier une offre de référence et qu'il attribue à l'I.B.P.T. le pouvoir de la modifier;

Considérant, sur la première branche, que l'article 92*bis* de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, dans son texte applicable à l'époque des actes attaqués, disposait notamment comme suit:

« L'établissement et l'exploitation de réseaux publics de télécommunications sont soumis à l'octroi d'une autorisation individuelle délivrée par l'Institut. Le nombre d'autorisations individuelles susceptibles d'être accordées n'est pas limité, sauf pour des motifs de gestion du spectre radioélectrique.

Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition du Ministre, après avis de l'Institut, les conditions sous lesquelles l'Institut attribue des autorisations individuelles. Ces conditions formant un cahier des charges peuvent porter sur:

...

n) les conditions visant à prévenir un comportement anti-concurrentiel, et notamment les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence»;

Considérant que le Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale dispose notamment comme suit en son article 4:

« Surveillance par l'autorité réglementaire nationale

1. L'autorité réglementaire nationale veille à ce que la tarification de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable.

2. L'autorité réglementaire nationale est habilitée:

a) à imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées et

b) à demander aux opérateurs notifiés de lui fournir des informations pertinentes pour la mise en œuvre du présent règlement.

3. L'autorité réglementaire nationale peut intervenir, lorsque cela se justifie, de sa propre initiative pour assurer la non-discrimination, une concurrence équitable ainsi que l'efficacité économique et le plus grand bénéfice pour les utilisateurs.

4. Lorsque l'autorité réglementaire nationale constate que le marché de l'accès local fait l'objet d'une concurrence suffisante, elle lève l'obligation faite aux opérateurs notifiés, à l'article 3, paragraphe 3, d'établir les prix en fonction des coûts.»;

Considérant, sur la première branche, que ces dispositions constituent le fondement de l'article 6^{septies} de l'arrêté royal du 22 juin 1998, cité plus haut, par lequel le Roi a valablement pu imposer à l'«organisme puissant» de communiquer une offre de référence à l'I.B.P.T., et par lequel Il a pu habiliter cet institut à modifier ladite offre; que cette obligation vaut pour toute forme d'accès à la «boucle locale», et notamment à l'accès sous forme de «ligne louée», qui est définie par l'article 68, 8° de la loi du 21 mars 1991 comme un «service consistant en la fourniture d'un système de télécommunications qui offre une capacité de transmission transparente entre les points de terminaison des réseaux, à l'exclusion de la commutation sur demande»; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, sur la deuxième branche, que cette offre de référence concerne toutes les formes d'accès à la boucle locale, et notamment les lignes louées «backhaul»; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend dans le second recours, un second moyen de la violation de la violation des articles 69 et 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, 107 et 108 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, des articles 8, 11, 13, 14, 15 et 19 de l'arrêté royal du 4 octobre 1999 fixant les conditions d'exploitation d'un service de lignes louées, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de droit relatif à la motivation interne des actes administratifs, notamment en ce qu'il interdit toute appréciation manifestement déraisonnable et oblige l'autorité à justifier ses revirements d'attitude, des principes généraux du contradictoire, *audi alteram partem* et de bonne administration, excès et détournement de pouvoir;

qu'en une première branche, elle soutient que la partie adverse ne dispose pas du pouvoir de fixer le prix des lignes louées, de fixer la méthode de calcul de leurs coûts, ou d'imposer son approbation au cas par cas pour certains tarifs, et rappelle la teneur de dispositions visées au moyen;

qu'en une deuxième branche, elle expose qu'en vertu de l'article 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991, elle doit respecter le principe de l'orientation sur les coûts et qu'en vertu de l'article 75, § 3, de la même loi, l'I.B.P.T. est habilité à surveiller le respect de ce principe; qu'elle relève que pour les tarifs de lignes louées «backhaul», la partie adverse s'est contentée de se baser sur ses tarifs «retail» pour les lignes louées et de les aménager afin de tenir compte de la spécificité des lignes louées «backhaul»; qu'elle estime qu'en procédant de la sorte, la partie adverse manque à sa mission de vérification du principe de l'orientation sur les coûts;

qu'en une troisième branche, elle fait état de ce qu'elle avait dans les tarifs communiqués à la partie adverse, déduit la réduction des coûts commerciaux, liés à la nature des lignes louées «backhaul», réduction qu'elle évaluait à 5 %; qu'elle estime que les actes attaqués, en déduisant une seconde fois la réduction de ces coûts et en les fixant à 8 %, procèdent d'une erreur manifeste d'appréciation et violent les dispositions visées au moyen;

qu'en une quatrième branche, elle expose que dans les avis qui sont attaqués, la partie adverse fixe les tarifs, méthode de calcul et coûts des lignes louées «backhaul», sans indiquer les motifs pour lesquels elle écarte les tarifs, méthode de calcul des coûts et coûts établis par la requérante et en fixe d'autres d'initiative; qu'elle ajoute qu'en ce qui concerne les lignes louées «backhaul» d'une capacité de 155 Mbit/s, l'I.B.P.T. ne lui a même pas demandé de faire une proposition tarifaire mais a fixé les tarifs de ces lignes de sa propre autorité, sans lui communiquer la moindre information quant à la méthode de calcul utilisée; qu'elle indique qu'à tout le moins, les deux premiers actes attaqués n'indiquent pas en quoi les lignes louées «backhaul» présentent des spécificités telles qu'elles justifient l'exclusion d'une tarification par palier déjà approuvée par la partie adverse pour les lignes louées; qu'elle voit dans la position prise dans ces décisions un revirement d'attitude non justifié;

que dans une cinquième branche, elle fait valoir que dès lors que les actes attaqués s'écartent de la méthode de fixation de tarifs ou de calculs de coûts qu'elle utilise, le principe du contradictoire et le principe *audi alteram partem* imposaient qu'elle soit entendue et puisse faire valoir son point de vue préalablement à leur adoption;

Considérant sur la première branche, que les lignes louées «backhaul» constituent une catégorie spécifique de lignes louées; qu'il s'agit en effet de lignes louées régulées se terminant, par un point de terminaison au moins, dans ou aux abords d'un bâtiment de Belgacom; qu'en outre, la fourniture de ces lignes louées «backhaul» constitue un service accessoire mais nécessaire de l'accès dégroupé à la boucle locale pour qu'un opérateur ne disposant pas de sa propre infrastructure de transmission puisse offrir des services concurrentiels sur la boucle locale; que de même, la fourniture des lignes louées «backhaul» est un service accessoire mais

nécessaire à l'accès à un débit binaire; qu'en raison de la spécificité des lignes louées «backhaul» et de leur nécessité pour l'accès dégroupé à la boucle locale ainsi que pour l'accès à un débit binaire, la partie adverse était habilitée à fixer le prix de ces lignes en vertu de son pouvoir de contrôle des offres de référence «BRUO» et «BROBA» qui inclut celui d'imposer la modification des tarifs proposés dans ces offres; qu'à la condition de veiller à ce que ces tarifs permettent à la requérante de couvrir ses coûts, la partie adverse pouvait les fixer de manière à favoriser la concurrence; qu'à cet égard, la requérante affirme que d'autres opérateurs auraient pu également fournir des lignes louées «backhaul»; que, toutefois, à supposer que d'autres opérateurs aient pu effectivement fournir ces lignes, la requérante n'établit pas que le marché de location des lignes «backhaul» était suffisamment ouvert pour permettre aux opérateurs de les louer à un prix favorisant la concurrence; qu'il n'est donc pas démontré qu'il ne se justifiait pas que la partie adverse modifie le prix des lignes louées «backhaul» de manière à ce que celui-ci soit fixé à un niveau permettant de favoriser la concurrence et de couvrir les coûts supportés par la requérante; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur les deuxième, troisième et quatrième branches, qu'il ressort de l'examen de la première branche que la première partie adverse était compétente pour fixer le prix de fourniture des lignes «backhaul»; que le principe d'orientation sur les coûts lui imposait, en déterminant ce prix, de veiller à ce qu'il couvre les coûts supportés par la requérante; que pour respecter cette obligation, la première partie adverse était habilitée à calculer ceux-ci; que la requérante ne démontre pas que les coûts calculés par la première partie adverse ne couvriraient pas tous ceux qu'elle supportait, ni que le prix fixé ne lui permettrait pas de couvrir ces coûts; que la requérante n'établit donc pas que la première partie adverse a manqué à ses obligations en calculant les coûts qui devaient être couverts lorsqu'elle a fixé le prix de fourniture des lignes «backhaul»; qu'en outre, la première partie adverse a justifié suffisamment ses décisions par lesquelles elle a déterminé les coûts subis par la requérante et a fixé le prix de fourniture des lignes «backhaul»; qu'en effet, elle a expliqué qu'en ce qui concerne les frais non-récurrents, les lignes «backhaul» ne se différenciaient pas des lignes louées ordinaires de sorte qu'elle a retenu, comme le demandait la requérante, les frais non-récurrents afférents à ces lignes; que, par contre, s'agissant des frais récurrents, elle a exposé les raisons pour lesquelles ils n'étaient pas les mêmes pour les lignes louées ordinaires et pour les lignes «backhaul» en raison des spécificités de celles-ci; qu'elle les a décrites en expliquant que, pour les lignes «backhaul», certains coûts devaient être déduits car des parties n'étaient pas fournies (bout local du domaine public), que d'autres coûts devaient au contraire être ajoutés par rapport à des parties fournies (bout local du domaine privé) et que certains coûts commerciaux n'étaient pas supportés par la requérante; qu'elle a

également indiqué les motifs pour lesquels elle n'a pas retenu la structure en palier applicable pour les lignes louées ordinaires et ne l'a pas jugée orientée sur les coûts; qu'en expliquant quels étaient les coûts supportés par la requérante et ceux qui ne l'étaient pas ainsi que les motifs pour lesquels ils l'étaient ou ne l'étaient pas, la première partie adverse a bien indiqué de la sorte à la requérante pourquoi elle ne retenait pas certains coûts dont celle-ci se prévalait; qu'elle ne devait pas exposer en outre les motifs de ses motifs; qu'au surplus, la fixation du tarif des lignes «backhaul» a fait suite à une longue procédure de consultation au cours de laquelle, comme il ressort du dossier administratif, la requérante a pu débattre avec la première partie adverse des coûts à retenir; que la requérante a donc pu comprendre la motivation des actes attaqués dès lors qu'elle n'ignorait rien du cheminement ayant mené à leur adoption; que, par ailleurs, contrairement à ce que soutient la requérante, la première partie adverse n'a pas déduit deux fois les coûts commerciaux mais a modifié le montant de la déduction de ces coûts qui avait été opérée par la requérante et a fixé ce montant à huit pour cent au lieu de cinq pour cent comme l'avait fait la requérante; que cette modification n'est pas arbitraire mais est justifiée dans la motivation des actes attaqués; que la première partie adverse précise en effet que ce montant de huit pour cent est déterminé par rapport à un même montant de coûts commerciaux retenu par la requérante pour des lignes *Half Link* qu'elle juge comparables; qu'en outre, l'analogie avec les coûts commerciaux relatifs aux lignes *Half Link* a été suggérée à la première partie adverse par la requérante elle-même dans deux courriels qu'elle lui a adressés les 18 et du 24 septembre 2001; que les décisions attaquées ne sont pas entachées de contradiction dans les motifs en ce que la première partie adverse a estimé que la structure tarifaire en palier des lignes louées ordinaires n'était pas conforme au principe d'orientation sur les coûts; qu'en effet, la première partie adverse s'est limitée à indiquer que «en principe», le prix des lignes louées ordinaires était «fixé dans un cadre réglementaire d'orientation sur les coûts» et qu'en conséquence, la détermination du prix des lignes «backhaul» pouvait avoir pour «point de départ» celui des lignes louées ordinaires; qu'il ressort seulement de cette formulation que le tarif des lignes louées est, en principe, conforme au principe d'orientation sur les coûts; que, par contre, il ne s'en déduit pas que la première partie adverse aurait jugé qu'il y est en tout point conforme, ni en particulier que la structure en palier des prix des lignes louées ordinaires est orientée sur les coûts; qu'au contraire, elle a expliqué que le prix des lignes louées ordinaires ne pouvait constituer qu'une base pour la détermination du tarif des lignes «backhaul», et a précisé quelles étaient les spécificités de celles-ci nécessitant de calculer leur coût et de fixer leur prix de façon partiellement différente de ce qui se fait en ce qui concerne les lignes louées ordinaires; que de la sorte, la partie adverse a justifié, sans contradiction, qu'en raison de la spécificité des lignes «backhaul», leur prix ne peut être déterminé de la même manière, en application du

principe d'orientation sur les coûts, qu'il l'est pour les lignes louées ordinaires; qu'en ces branches le moyen n'est pas fondé;

Considérant sur la cinquième branche, qu'il ressort du dossier administratif que la première partie adverse a mené une procédure de consultation entre juillet et septembre 2001 au cours de laquelle la requérante a été pleinement informée des éléments sur lesquels la première partie adverse entendait se fonder pour prendre les décisions attaquées; que dans ce cadre, elle a également pu faire connaître entièrement ses arguments au sujet des coûts qu'elle estimait supporter et des modalités de calcul selon lesquelles elle voulait que soit fixé le prix de fourniture des lignes «backhaul»; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé.

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires portant les numéros A. 116.689/XV-1351 et A.119.313/XV-1352 sont jointes.

Article 2.

Les requêtes sont rejetées.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le vingt-six janvier
deux mille onze par :

M. M. LEROY,	président de chambre,
M. Ph. QUERTAINMONT,	conseiller d'État,
M. I. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
Mme N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,



N. ROBA

Le Président,



M. LEROY

