

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 189.307 du 6 janvier 2009

G./A.113.686/VI-17.945

En cause : **la société anonyme de droit public BELGACOM,**

ayant élu domicile chez
Me Nicole CAHEN, avocat,
rue de Lozum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

1. l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, en abrégé, I.B.P.T.,

2. l'Etat belge, représenté par la Ministre de la Fonction publique et des Entreprises publiques.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 3 décembre 2001 par la société anonyme de droit public BELGACOM qui demande l'annulation des actes suivants :

- " - le «complément» d'avis de date inconnue concernant la fourniture de «lignes louées Backhaul» complétant l'«avis» de l'I.B.P.T. concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale approuvé par le Ministre des télécommunications le 28 février 2001 (...);
- le «complément» d'avis de date inconnue concernant les tarifs à appliquer relatifs à la «leased capacity» (BROBA I) et l'«access line» (BROBA II), complétant le «complément» d'avis du 31 août 2001, qui complète lui-même l'«avis» de l'I.B.P.T. concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire approuvé par le Ministre des télécommunications le 28 février 2001 (...);
- la décision de date inconnue du Ministre des télécommunications enjoignant à Belgacom de suivre scrupuleusement les deux compléments d'avis de l'I.B.P.T. susvisés.(...)";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. AMELYNCK, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 14 novembre 2008, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 10 décembre 2008;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Pierre-Olivier DE BROUX, loco Me Nicole CAHEN, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me François VISEUR, loco Me Sébastien DEPRE, avocat, comparaisant pour les parties adverses;

Entendu, en son avis, M. AMELYNCK, Premier auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Le 12 décembre 2000, le Roi prend un arrêté modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications (Mon. b., 29 décembre 2000; errat. 13 janvier 2001).

Selon le rapport au Roi, cet arrêté a pour objet la fixation des "modalités nécessaires afin de permettre le dégroupage de l'accès à la boucle locale" car le règlement européen n/2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale (J.O., 30 décembre 2000, entré en vigueur le 2 janvier 2001) "ne donne qu'un minimum de prescriptions et laisse les Etats membres régler un certain nombre de questions pratiques".

Il insère notamment dans le chapitre II, section 2, de l'arrêté royal précité du 22 juin 1998 une sous-section 5 relative au "dégroupage de l'accès à la boucle locale", qui comporte notamment un article 6sexies, qui dispose comme suit en son paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} :

" L'Institut communique pour le 28 février 2001 au plus tard ses remarques au sujet de l'offre de référence que l'opérateur notifié publie le 31 décembre 2000 au plus tard, ainsi que, le cas échéant, les modifications qui doivent y être apportées."

Il insère également dans la même section du même chapitre de cet arrêté royal une sous-section 6, relative à "l'accès à un débit binaire", qui comporte notamment un article 6septies, qui dispose comme suit en son paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} :

" Tout opérateur puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes, publiera au plus tard le 31 décembre de chaque année, et pour la première fois le 31 décembre 2000 une offre de référence pour l'accès à un débit binaire.",

ainsi qu'un article 6nonies, qui dispose comme suit en son paragraphe 2, alinéa 1^{er} :

" L'Institut communique pour le 28 février 2001 au plus tard ses remarques au sujet de l'offre de référence publiée le 31 décembre 2000 au plus tard, ainsi que, le cas échéant, les modifications qui doivent y être apportées."

2. Le 27 décembre 2000, la partie requérante communique à la première partie adverse "un exemplaire de l'offre de référence - dénommée BRUO - établie par Belgacom fixant les modalités et règles d'accès à la boucle locale de son réseau de télécommunications".

3. Le 29 décembre 2000, la partie requérante demande au Ministre des Télécommunications de rapporter l'arrêté du 12 décembre 2000 précité, dans la perspective de "reconsidérer [sa] décision en matière d'accès à un débit binaire" et "de revoir à tout le moins le calendrier de manière à permettre à Belgacom de disposer d'un délai raisonnable en vue de présenter des offres de référence".

4. Le 27 février 2001, le Ministre des Télécommunications transmet à la partie requérante l'avis de la première partie adverse qu'il a approuvé "concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale" (également dénommée offre BRUO), ainsi que l'avis de la première partie adverse qu'il a également approuvé "concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire" (également dénommée offre BROBA).

5. Dans le courant des mois de juillet et août 2001, se déroule un échange de correspondances entre la partie requérante et la première partie adverse relative à ses offres BRUO et BROBA.

Pendant la même période, des représentants de la partie requérante sont par ailleurs entendus au siège de la première partie adverse.

Dans ce cadre, la première partie adverse sollicite diverses informations à la partie requérante et fixe finalement au 31 août 2001 la date limite pour les lui remettre.

6. Le 31 août 2001, le Ministre des Télécommunications approuve le complément d'avis de la première partie adverse "concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire".

7. Dans le courant du mois de septembre 2001, se déroule un échange de courriers électroniques entre des représentants de la partie requérante et de la première partie adverse relative à "la fourniture de lignes louées à partir d'un espace de colocation d'un OLO".

8. Le 2 octobre 2001, le Ministre des Télécommunications approuve :

- le complément d'avis de la première partie adverse "concernant la fourniture de «lignes louées backhaul»"
- le complément d'avis de la première partie adverse "concernant les tarifs à appliquer en ce qui concerne la «leased capacity» (BROBA I) et l'«Access line» (BROBA II)".

Il s'agit des deux premiers actes querellés.

9. Ces documents sont communiqués à la partie adverse par le Ministre des Télécommunications par un courrier non daté dans lequel ce Ministre écrit que "Belgacom est enjoint de suivre scrupuleusement ces «compléments d'avis de l'I.B.P.T.»".

Il s'agit du troisième acte querellé.

10. Le 30 octobre 2001, la partie requérante invite la première partie adverse à retirer les compléments d'avis précités, approuvés le 2 octobre 2001.

Le 12 novembre 2001, cette partie répond négativement à cette demande;

Considérant, quant à l'objet du recours, que la partie requérante relève que les décisions querellées "à l'évidence, sont contraignantes et lui font grief", que "pour le cas où [le Conseil d'Etat] considérerait que les «avis complémentaires» ne constituent que des actes préparatoires non susceptibles d'annulation - quod non - [...] les moyens dirigés contre les «compléments d'avis» doivent être considérés comme

étant également dirigés contre la décision du Ministre d'enjoindre de suivre scrupuleusement les compléments d'avis de l'I.B.P.T., l'irrégularité d'actes préparatoires entraînant par voie de conséquence l'illégalité de la décision finale qui en est la suite";

Considérant que, comme l'indiquent les parties adverses, les avis et compléments d'avis de l'I.B.P.T. sont contraignants eu égard aux articles 6sexies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 6nonies, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 juin 1998; que l'injonction du Ministre des Télécommunications de respecter les deux premiers actes attaqués constitue uniquement l'acte de notification des avis de la première partie adverse et est dénuée de force obligatoire propre; que par ailleurs, la première partie adverse dispose de la personnalité juridique et qu'elle constitue une autorité administrative indépendante chargée de mener des missions de régulation dans le cadre desquelles elle a posé les actes attaqués; qu'il s'ensuit que le recours est irrecevable en ce qui concerne le troisième acte attaqué et qu'il y a lieu de mettre l'Etat belge hors de cause;

Considérant que la partie adverse excipe de l'absence d'intérêt de la partie requérante en ces termes :

" Deuxièmement, [...] les parties adverses relèvent que les avis - et, par conséquent, les compléments d'avis qui font partie intégrante de ceux-ci - [...] relatifs aux offres BRUO et BROBA valent pour une année civile (voy. arrêté royal précité du 22 juin 1998, art. 6sexies, § 3 et 6septies, § 1^{er}; loi précitée du 21 mars 1991, art. 108bis).

Cela signifie que les deux premiers actes attaqués valent pour l'année 2001 et uniquement pour cette année.

Pour l'année suivante, ils ont été remplacés par de nouveaux avis [...] émis sur la base de nouvelles offres.

En d'autres termes, depuis le 1^{er} janvier 2002, les deux premiers actes attaqués n'ont plus aucune force exécutoire. Ils ne font plus grief à la requérante.

Cette dernière n'a donc plus d'intérêt actuel au recours [...]" ;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la requérante fait valoir que la circonstance que les avis attaqués ne valent que pour l'année civile 2001 n'ôte en rien l'intérêt à son recours, que les parties adverses "ont reproduit, pour l'année 2002, le même avis contraignant qui fait d'ailleurs également l'objet d'un recours (pendant sous le numéro G/A. 116.689/VIII-2.896)" et que les dispositions attaquées, même limitées à une année civile, ont une "incidence financière" sur sa situation;

Considérant qu'en réponse à des courriers de l'auditeur rapporteur des 28 février et 9 avril 2008, le conseil de la requérante a indiqué, le 8 mai 2008, que "sa cliente estime que son intérêt au recours [...] persiste";

Considérant que dans son dernier mémoire, la requérante estime que son intérêt au recours perdure pour quatre raisons; qu'elle fait tout d'abord valoir que la partie adverse réitère, d'année en année, la même décision ou des décisions très similaires, lesquelles ont fait l'objet de recours en annulation soit devant le Conseil d'Etat pour les années 2001 à 2003 soit devant la Cour d'appel de Bruxelles pour les années 2004 à 2008, que le caractère durable des répercussions des actes attaqués est manifeste, qu'il en va d'autant plus ainsi que les actes attaqués étant les premiers actes contraignants adoptés à ce sujet, ils sont à l'origine de la plupart des avis contraignants ultérieurs; qu'elle relève ensuite que les actes attaqués ont été appliqués à ses offres de référence durant presque toute l'année 2001, que c'est sur la base de ces offres qu'elle a conclu des contrats avec les opérateurs alternatifs, que les modifications de ces offres imposées par les actes attaqués ont été répercutées dans ces contrats et sont financièrement significatives; qu'elle souligne également l'effet utile de l'annulation des actes attaqués, à savoir, d'une part, une incidence sur les décisions successives prises par la partie adverse, celle-ci renonçant dès lors à adopter, pour l'avenir, des décisions identiques ou à en exiger le respect pour la période postérieure à 2001, d'autre part, des effets sur les procès en cours et, enfin, des conséquences tant sur les offres de référence que sur les contrats en vigueur depuis 2001; qu'à cet égard, la Cour d'appel de Bruxelles a rejeté, par un arrêt du 15 octobre 2004, la même exception d'irrecevabilité avancée par l'I.B.P.T.; qu'elle soutient enfin que l'exception d'irrecevabilité méconnaît son droit à un recours effectif contre les avis contraignants de la partie adverse à l'égard de ses offres de référence et que si elle était retenue, il y aurait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes et à la Cour constitutionnelle;

Considérant que la partie requérante établit à suffisance le maintien de son intérêt à agir; que plus particulièrement, un recours en annulation n'est pas irrecevable pour défaut d'intérêt du seul fait qu'il porte sur un acte valant pour une période déterminée qui est écoulée au jour où le Conseil d'Etat statue ni du seul fait que le destinataire s'y est conformé; qu'il en va particulièrement ainsi lorsque l'acte attaqué qui a une durée limitée à un an est systématiquement et tous les ans renouvelé ou remplacé par un autre acte de même durée; que par ailleurs, le recours conserve un intérêt notamment dans la mesure où une annulation éventuelle des actes modifierait la situation juridique de BELGACOM vis-à-vis de l'I.B.P.T. qui ne pourrait fonder une

éventuelle constatation d'infraction sur les actes annulés, ou encore vis-à-vis des tiers, bénéficiaires de l'offre, qui ne pourraient plus se prévaloir du caractère contraignant des actes annulés dans le cadre des éventuels litiges relatifs aux modalités de l'accès au débit binaire applicables pendant la période concernée par l'acte; qu'enfin, l'annulation peut en outre avoir pour effet que l'I.B.P.T. qui est lié par la décision sur le recours, renonce soit à adopter un acte identique, soit à exiger le respect d'un acte identique,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

L'Etat belge est mis hors de cause.

Article 2.

La requête est rejetée en ce qui concerne le troisième acte attaqué.

Article 3.

Les débats sont rouverts.

Article 4.

Le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 5.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le six janvier deux mille neuf par :

M ^{me} WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
MM. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

K. LAUVAU.

M.-L. WILLOT-THOMAS.