

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 196.320 du 23 septembre 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 :

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

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 (...);

Vu l'arrêt n° 189.307 du 6 janvier 2009 rouvrant les débats;

Vu le rapport complémentaire de M. AMELYNCK, Premier auditeur au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure;

Vu la notification du rapport complémentaire aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 3 juillet 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 16 septembre 2009;

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

Entendu, en leurs observations, Me Nicole CAHEN, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me François VISEUR, loco Me Sébastien DEPRE, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

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 relatif 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 de 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 relatif 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 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.»".

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 que la requérante prend un moyen, le premier de la requête, de la violation "des articles 159 de la Constitution, 1 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, 108bis et 109ter 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° et 6bis à

6octies 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 non-rétroactivité des lois et règlements, à la liberté contractuelle, des principes de bonne administration, de l'excès et du détournement de pouvoir"; que le moyen est divisé en deux branches; que dans une première branche, la partie requérante 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'instaure 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;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la requérante fait valoir que les lignes "backhaul" sont des lignes louées, que contrairement à ce que soutient la partie adverse, ces lignes ne présentent pas des caractéristiques particulières justifiant un traitement légal différencié, que techniquement, la ligne "backhaul" n'est pas différente des autres lignes louées, sa seule spécificité par rapport à ces dernières résidant dans le fait que "un ou les deux points de terminaison de cette ligne sont localisés dans des bâtiments [lui] appartenant", que cette différence justifie sans doute que le calcul de son coût tienne compte de cette particularité, qu'elle n'a pas pour effet de dénaturer la ligne louée "backhaul" en un produit différent des autres lignes louées, que le raisonnement de la partie adverse consiste à "considérer que l'accès au débit binaire ou l'accès dégroupé à la boucle locale nécessite qu'[elle] offre au bénéficiaire de ces accès, une ligne louée; et à la faveur de cette constatation technique, [la partie adverse] considère que cette ligne louée parce qu'elle est nécessaire, devrait, pour ce motif, obéir au régime juridique particulier prévu respectivement pour l'accès au débit binaire et l'accès dégroupé à la boucle locale", qu'un tel raisonnement ne peut être suivi, car "la fourniture du service des lignes louées est régie par des règles qui lui sont propres", que "la circonstance que des lignes louées seraient nécessaires pour donner accès à un autre service, lui-même régi par des dispositions différentes et qui lui sont également particulières, ne peut avoir pour effet de soumettre ladite ligne louée à d'autres règles que celles qui lui sont légalement applicables", que l'utilisation, fût-elle spécifique, d'une ligne louée ne peut entraîner sa dénaturation ni technique ni juridique, que ce n'est que par les avis attaqués que la partie adverse a exercé, sur l'offre relative à des lignes louées "backhaul", les compétences dont elle ne dispose qu'en matière d'accès au débit binaire et d'accès dégroupé à la boucle locale de sorte qu'ils ne constituent en rien des actes confirmatifs des avis du 28 février 2001;

Considérant que dans son dernier mémoire, la requérante ajoute que :

- " La requérante se réfère à ce rapport ainsi qu'à ses écrits de procédure antérieurs et se borne à formuler les quelques observations complémentaires suivantes.

[...] La partie adverse justifie les décisions attaquées au motif que les lignes louées BACKHAUL seraient nécessaires pour offrir aux autres opérateurs l'accès au débit binaire (BROBA) et/ou l'accès dégroupé à la boucle locale (BRUO).

C'est sur la base de ce motif que l'IBPT décide d'intégrer les lignes louées BACKHAUL dans les offres de référence BROBA et BRUO que l'IBPT impose à Belgacom de publier (régulation ex ante) et qui justifie également que l'IBPT impose les prix que peut demander Belgacom pour ces lignes, au contraire des autres lignes louées, lesquelles ne sont soumises qu'à un contrôle des prix a posteriori.

Toutefois, Belgacom conteste le caractère «nécessaire» que l'IBPT attribue à la ligne louée BACKHAUL.

Si une ligne louée est nécessaire pour relier le réseau de l'opérateur aux différents points d'accès dont la localisation diffère selon qu'il s'agit de l'accès au débit binaire ou de l'accès dégroupé à la boucle locale (en substance, une ligne louée est en effet un câble), encore cette nécessité technique ne peut-elle être prise en considération pour justifier légalement la régulation ex ante de la ligne louée BACKHAUL.

En effet, le seul caractère de nécessité qui puisse, en l'espèce, être pris en considération de manière pertinente pour justifier une régulation ex ante de ce produit, serait le caractère dominant, sur ce marché, de Belgacom.

Or, Belgacom n'est ni le seul, ni le fournisseur obligé de ces lignes louées, pour lesquelles un marché ouvert existe: des alternatives sérieuses et concurrentielles pour la fourniture desdites lignes existent en effet.

Et à la date des décisions attaquées, la constatation de la prétendue dominance de Belgacom, fondée sur un examen sérieux, concret et objectif de la situation réelle du marché, est inexistante.

Partant, l'IBPT ne peut, sans constater d'abord que Belgacom est un fournisseur obligé pour ces accessoires -quod non-, lui imposer de les inclure dans une offre de référence.

L'intervention de l'IBPT, en fixant d'autorité les prix que doit appliquer Belgacom pour la fourniture de telles lignes, est d'autant plus injustifiée qu'en imposant des prix anormalement bas à Belgacom, l'IBPT décourage les opérateurs alternatifs d'investir dans le réseau et entrave en conséquence la concurrence entre les opérateurs.";

Considérant que le moyen doit être déclaré irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 4 et 6 de la loi du 31 mai 1961 précitée, 68 et 109ter de la loi du 21 mars 1991 précitée, ainsi que des articles 7 à 19 de l'arrêté royal du 4 octobre 1999 précité, la partie requérante restant en défaut d'indiquer en quoi les actes attaqués auraient été pris en violation de ces dispositions;

A. Quelques définitions

Considérant qu'au moment de l'adoption des actes attaqués, l'article 68, 8°, de la loi du 21 mars 1991 précitée définissait la "ligne louée" comme suit :

" 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;"

Considérant que l'expression "boucle locale" désigne "le circuit physique à paire torsadée métallique qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente du réseau téléphonique public fixe" (Règlement n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 précité, art. 2, c)); que l'accès dégroupé à la boucle locale est "le fait de fournir un accès totalement dégroupé ou un accès partagé à la boucle locale; il n'implique pas de changement en ce qui concerne la propriété de la boucle locale;" (Règlement n° 2887/2000, art. 2, e)); que cet accès "permet aux nouveaux entrants d'entrer en concurrence avec les opérateurs notifiés en offrant des services de transmission de données à haut débit pour un accès permanent à l'Internet et pour des applications multimédia à partir de la technologie de ligne d'abonné numérique (DSL), ainsi que des services de téléphonie vocale" (ibidem, 7^{ème} considérant);

Considérant que l'accès à un débit binaire est défini comme suit par l'article 1^{er}, 8°, de l'arrêté royal du 22 juin 1998 précité :

" une forme d'accès spécial consistant en la fourniture d'un accès à un débit binaire en tant que capacité de transmission vers un utilisateur final où les spécifications techniques de l'interface chez l'utilisateur final ainsi que l'équipement installé chez le fournisseur d'accès et directement connecté sur la paire de cuivre, sont définies par ce fournisseur d'accès;"

que "l'accès au débit binaire est une forme d'accès à l'utilisateur final qui ne peut toutefois pas être considéré comme une forme d'accès dégroupé tel qu'il a été défini par le règlement européen en la matière : il s'agit d'un accès spécial dans lequel la bande de fréquences supérieure de la ligne d'accès vers l'utilisateur final est utilisée pour fournir des services d'accès à débit élevé et qui diffère des utilisations partagées visées dans le règlement européen susmentionné en ce sens qu'il offre l'accès à un débit binaire en tant que capacité de transmission dont l'opérateur, en sa qualité de fournisseur d'accès, gère lui-même les spécifications techniques, tant des équipements directement connectés à la paire cuivrée et installés dans ses locaux, que de l'interface

offerte du côté de l'utilisateur" (Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 12 décembre 2000, Monit. 29 décembre 2000, 2^{ème} éd., p. 43241);

B. Le dégroupage de l'accès à la boucle locale (BRUO)

1. Le cadre légal et réglementaire

Considérant que le règlement n° 2887/2000 du 18 décembre 2000, prévoit notamment ce qui suit :

" Article premier- Portée et champ d'application

1. Le présent règlement vise à renforcer la concurrence et à encourager l'innovation technologique sur le marché de l'accès local, en établissant des conditions harmonisées d'accès dégroupé à la boucle locale, afin de favoriser la fourniture concurrentielle d'un large éventail de services de communications électroniques.

[...]

4. Le présent règlement s'applique sans préjudice du droit des Etats membres de maintenir ou d'introduire, dans le respect du droit communautaire, des mesures qui contiennent des dispositions plus détaillées que celles qui figurent dans le présent règlement et/ou qui ne relèvent pas du champ d'application de ce dernier, notamment en ce qui concerne d'autres types d'accès aux infrastructures locales.

Article 3- Fourniture d'un accès dégroupé

1. Les opérateurs notifiés publient à partir du 31 décembre 2000 et tiennent à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à leur boucle locale et aux ressources connexes, qui inclut au minimum les éléments énumérés dans l'annexe. L'offre est suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources du réseau qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services et contient une description des éléments de l'offre et des modalités, conditions et tarifs qui y sont associés.

2. A partir du 31 décembre 2000, les opérateurs notifiés accèdent à toute demande raisonnable des bénéficiaires visant à obtenir un accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires. Les demandes ne peuvent être rejetées que sur la base de critères objectifs afférents à la faisabilité technique ou à la nécessité de préserver l'intégrité du réseau. Si l'accès est refusé, la partie lésée peut soumettre le cas aux procédures de règlement des litiges visées à l'article 4, paragraphe 5. Les opérateurs notifiés fournissent aux bénéficiaires des ressources équivalentes à celles qu'ils fournissent à leurs propres services ou à des entreprises qui leur sont associées, dans les mêmes conditions et délais.

3. Sans préjudice de l'article 4, paragraphe 4, les opérateurs notifiés orientent les tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes en fonction des coûts.

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 oeuvre 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.
[...]"

que l'annexe du Règlement contient la liste minimale des éléments qui doivent figurer dans l'offre de référence pour l'accès dégroupé à l'offre locale;

Considérant qu'aux termes de l'article 106, § 1^{er}, 5^o, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, tel que modifié par la loi du 2 janvier 2001, entrée en vigueur le 3 janvier 2001,

" Les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne :

[...]

5^o l'accès dégroupé à la boucle locale. Lorsque l'Institut estime que la concurrence est présente dans une mesure suffisante sur le marché de l'accès local, l'obligation d'orientation sur les coûts sur ce marché est levée. L'Institut ne prend cette décision qu'après une consultation publique.";

que l'article 108bis de la même loi, inséré par la même loi du 2 janvier 2001, est libellé comme suit :

" Art. 108bis. - § 1^{er}. Chaque opérateur notifié communique à l'Institut au plus tard le 15 septembre de chaque année une offre de référence concernant l'accès de groupe à la boucle locale. Avant le 15 novembre, l'Institut communique ses remarques et les éventuelles modifications qui doivent être apportées à cette offre. L'opérateur notifié dispose d'un délai d'un mois pour effectuer les modifications et publier l'offre de référence.

§ 2. Les opérateurs concernés disposent d'un délai de quatre mois à partir de la date de la demande d'accès de groupe à la boucle locale pour conclure un accord en la matière. Ce délai ne peut être prolongé que conformément à l'article 79ter, § 2.

§ 3. L'Institut prend toutes les mesures nécessaires pour assurer une concurrence réelle sur le marché de l'accès de groupe à la boucle locale.";

Considérant que l'arrêté royal du 22 juin 1998 contient, dans le chapitre II, section 2, une sous-section 5 insérée par l'arrêté royal du 12 décembre 2000 entré en

vigueur le 29 décembre 2000, intitulée "dégrouper de l'accès à la boucle locale", et qui comporte notamment un article 6sexies qui dispose comme suit :

- " Art. 6 sexies. § 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.
L'Institut peut effectuer une consultation publique au sujet de cette offre de référence parmi les parties concernées.
§ 2. La partie qui souhaite le dégroupage de l'accès à la boucle locale peut donner suite à l'offre de référence dès que celle-ci est publiée.
§ 3. L'offre de référence est valable pour l'année civile qui suit l'année de la publication. Si l'opérateur notifié souhaite apporter des modifications à cette offre pendant l'année civile en cours, il demande préalablement l'accord de l'Institut.";

2. Examen de la première branche

Considérant que l'obligation pour la requérante de publier à partir du 31 décembre 2000 et de tenir à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à sa boucle locale ressort clairement des dispositions communautaires, légales et réglementaires précitées; que le pouvoir d'intervention de la partie adverse en la matière, notamment sous la forme de modifications de l'offre de référence, est également établi à suffisance par les dispositions précitées; qu'au moment de l'adoption des actes attaqués, soit le 2 octobre 2001, la partie adverse était compétente pour ce faire; que le décalage dans le temps avancé par la requérante entre l'entrée en vigueur du Règlement n° 2887/2000 et la loi du 2 janvier 2001, d'une part, et l'arrêté royal du 12 décembre 2000, d'autre part, est inopérant; que sur ce point, la première branche n'est pas fondée;

Considérant que la requérante estime par ailleurs que les actes attaqués ne concerneraient pas comme tel l'accès dégroupé à la boucle locale mais bien les lignes louées, les lignes "backhaul" entrant dans la catégorie des lignes louées, et qu'aucune disposition légale n'impose le dépôt d'une offre de référence en matière de lignes louées et ne permet à la partie adverse de prendre des règles contraignantes en ce qui concerne les conditions de fourniture des lignes louées;

Considérant que si les lignes "backhaul" entrent dans la catégorie générale des lignes louées, elles en constituent en réalité une catégorie spécifique; qu'en effet, alors que les lignes louées ordinaires offrent une capacité de transmission transparente entre deux ou plusieurs points de terminaison des réseaux, quels qu'ils soient, l'expression "lignes louées backhaul" désigne des "lignes louées régulées se terminant, par un point de terminaison, au moins, dans, ou aux abords d'un bâtiment de Belgacom" (point 3.2. du premier acte attaqué); que l'accès dégroupé à la boucle locale nécessite,

du moins pour l'opérateur qui ne dispose pas de sa propre infrastructure de transmission, la fourniture par la partie requérante d'une capacité de transmission, soit de lignes louées, à partir d'un espace de colocalisation, c'est-à-dire d'un bâtiment appartenant à la requérante; que dans ce cas, la fourniture de lignes louées "backhaul" (ou capacité de transmission à partir d'un espace de colocalisation physique) constitue un service accessoire mais nécessaire de l'accès dégroupé à la boucle locale; que la requérante ne conteste pas que l'opérateur qui ne dispose pas de sa propre infrastructure doit pouvoir disposer des services de lignes louées pour pouvoir offrir des services concurrentiels sur la boucle locale;

Considérant que la partie adverse a estimé, à juste titre, que son pouvoir de contrôle de l'offre de référence BRUO s'étendait aux prix des lignes louées "backhaul" qui ne seraient utilisées que dans le cadre de la mise en oeuvre de l'offre de référence BRUO; que par le premier acte attaqué, la partie adverse impose à la requérante d'inclure dans son offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale les conditions de fourniture des lignes louées nécessaires à cet accès et fixe le prix des lignes louées "backhaul" fournies pour permettre l'utilisation d'une paire dégroupée, à un prix inférieur à celui qui est pratiqué par la requérante pour les lignes louées "ordinaires", en prenant en compte le fait que certains frais ne peuvent pas être pris en considération dans le cadre de l'offre BRUO; qu'elle a en outre fixé le prix suivant une méthodologie qui diffère de celle proposée par la requérante pour les lignes louées; que le fait que l'accès dégroupé à la boucle locale et la fourniture de lignes louées fassent l'objet de dispositions et d'obligations distinctes ne fait nullement obstacle à ce que la partie adverse exige que l'offre de référence relative à l'accès dégroupé à la boucle locale comprenne également l'offre tarifaire pour la fourniture des lignes louées lorsque celle-ci est nécessaire à cet accès; que ce faisant, la partie adverse ne soumet pas la fourniture de lignes louées à des règles qui ne lui sont pas applicables; que la première branche du premier moyen n'est pas fondée en ce qui concerne l'accès dégroupé à la boucle locale;

C. L'accès à un débit binaire (BROBA)

1. Le cadre légal et réglementaire

Considérant que l'arrêté royal du 12 décembre 2000 insère, dans le chapitre II, section 2, de l'arrêté royal du 22 juin 1998, 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}, alinéas 1^{er} et 3 :

- " 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.

L'Institut est compétent pour imposer les modifications qu'il juge nécessaires dans l'offre de référence.";

Considérant que selon le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 12 décembre 2000,

- " De l'article 16, alinéa 4, de la directive 98/10/CE susmentionnée et de l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991, il ressort que le Roi est compétent pour imposer des obligations spéciales aux organismes puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes, en ce qui concerne l'accès au débit binaire.";

Considérant que dans son avis L. 30.770/4 du 22 novembre 2000, la section de législation a indiqué notamment ce qui suit :

- " [...] les services d'accès à haut débit ne relèvent pas du champ d'application du règlement européen en projet, mais qu'ils constituent bien un «autre type d'accès aux infrastructures locales», à l'égard duquel les Etats membres sont autorisés à prévoir des mesures qui contiennent des dispositions plus précises, conformément à l'article premier, paragraphe 4 du même projet de règlement.

Reste la question de savoir si l'accès à un débit binaire constitue un «accès spécial» au sens de l'article 16 de la directive 98/10/CE précitée.

[...]

En droit interne, l'accès spécial fait l'objet de l'article 109ter, § 3, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, en vertu duquel l'organisme puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes est tenu de répondre de manière non discriminatoire à toute demande raisonnable de «connexion notamment l'accès à des points autres que les points de raccordement offerts à la majorité des utilisateurs finals». D'autre part, l'article 106, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, de la même loi prévoit que les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne l'accès spécial. Enfin, l'article 92bis, § 1^{er}, alinéa 2, n), habilite le Roi à fixer, parmi les conditions d'autorisation d'exploitation de réseaux publics de télécommunication «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».

Il résulte des considérations qui précèdent que le Roi est habilité à prévoir, conformément à l'article 16, paragraphe 4, de la directive 98/10/CE précitée, à l'article 1^{er}, paragraphe 4, du règlement en projet et à l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991, des obligations particulières pour les organismes puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes, en matière d'«accès à un débit binaire».

Toutefois, l'accès à un débit binaire ne pouvant être considéré comme «un accès dégroupé à la boucle locale» au sens du règlement en projet, il convient de prévoir ces obligations de manière distincte.";

2. Examen de la première branche

Considérant que l'obligation pour la requérante d'établir une offre de références en matière d'accès à un débit binaire et le pouvoir de la partie adverse d'intervenir de manière contraignante en la matière résultent de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 et non du Règlement n° 2887/2000 ou de la loi du 21 mars 1991; qu'il résulte à suffisance de ce qui précède que le Roi était habilité par l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 à établir pareil règlement sans que cela ne contrevienne au Règlement n° 2887/2000; que des dispositions qui mettent à charge des opérateurs notifiés puissants, soit à l'époque de la requérante, des obligations ayant pour objectif de conférer à la partie adverse les moyens de veiller à la transparence des conditions et modalités auxquelles les organismes puissants subordonnent la fourniture de l'accès spécial et à leur compatibilité avec l'obligation qui pèse sur ceux-ci de fixer des conditions qui soient non discriminatoires, équitables et raisonnables, ne dépassent pas le cadre des compétences dévolues au Roi par l'article 92bis de la loi du 29 mars 1991;

Considérant que pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées à propos du dégroupage de l'accès à la boucle locale, la partie adverse était en droit d'intervenir à l'égard des lignes louées "backhaul" dans la mesure où celles-ci apparaissent comme un service accessoire mais nécessaire à cet accès spécial qu'est l'accès à un débit binaire; que la première branche du premier moyen n'est pas fondée en ce qui concerne l'accès à un débit binaire,

DECIDE :

Article 1^{er}.

Les débats sont ouverts.

Article 2.

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

Article 3.

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 4.

Les dépens sont réservés.

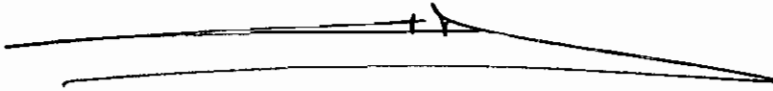
Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-trois septembre deux mille neuf par :

M^{me} DAURMONT,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} LAUVAU,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,



K. LAUVAU.



O. DAURMONT.