

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES, art. 260, 2° Cod. d'Ét.
18 CHAMBRE,

N°: 1326

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

N°Rép.: 2009/4991

R.G. N° 2007/AR/930

EN CAUSE DE :

La S.A. de droit public BELGACOM, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n° 0202.239.951 ;
partie demanderesse ;

représentée par Maîtres Dirk VAN LIEDEKERKE, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Loxum 25;

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IBPT), personne morale de droit public, dont les bureaux sont établis à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ;
partie défenderesse ;

représentée par Maîtres Sebastien DEPRE, François VISEUR et Laurence MOURLON BEERNAERT, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

Chambre 18

Audience du

15-10-2009

Arrêt définitif

+ aut 81 x 82 CEF

I. La procédure et la recevabilité

La cour est saisie d'un recours formé par la S.A. BELGACOM par requête déposée au greffe de la cour de céans, le 30 mars 2007 à l'encontre de la décision du Conseil de l'IBPT du 17 janvier 2007 plus amplement citée ci-après.

Ce recours a été exercé dans le délai de soixante jours prescrit par l'article 2, §1^{er} de la loi du 17 janvier 2003 « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges ».

La requérante a déposé des conclusions au greffe de la cour, les 3 septembre 2007 et 21 novembre 2008 et une note d'audience signée, valant conclusions, à l'audience du 15 décembre 2008. L'IBPT a déposé ses conclusions et conclusions de synthèse au greffe de la cour, les 30 avril 2008, 7 novembre 2008 et 28 novembre 2008.

La cause a été plaidée aux audiences du 15 décembre 2008 et des 9 et 10 mars 2009.

La recevabilité du recours n'est pas contestée et il est effectivement recevable.

II. La décision attaquée.

La décision entreprise est celle du 17 janvier 2007 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les trois marchés pertinents du groupe « lignes louées », sélectionnées dans la Recommandation 2003/311/CE de la Commission européenne du 11 février

2003 « concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques » :

Marché 7 : ensemble minimal de lignes louées de détail

Marché 13 : fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées

Marché 14 : fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain ».

III. Moyen tiré du non respect de l'obligation de concertation avec les régulateurs communautaires

A. Présentation du moyen

Belgacom élève plusieurs griefs pour contester la légalité de cette décision et en postuler l'annulation.

En premier lieu, cet opérateur reproche à l'IBPT d'avoir adopté la décision sans concertation avec les régulateurs communautaires. Il invoque la violation de la Directive « cadre » du Conseil C.E. du 7 mars 2002, de l'article 4, 6^o de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, du principe de proportionnalité et de l'article 14, §2, 5^o de la loi du 17 janvier 2003 « relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications », dite « loi statut » (conclusions du 3 septembre 2007, pages 6 et suivantes). Selon le dispositif de ses dernières conclusions déposées le 15 décembre 2008 et intitulées note d'audience, il demande, à titre principal, l'annulation de la Décision et à titre plus subsidiaire, de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : « Si la loi du 13 juin 2005 doit

être interprétée en ce sens qu'elle autorise ou confie à l'IBPT le soin d'intervenir, seul, en matière de lignes louées, cette loi est-elle compatible avec les règles de répartition des compétences qui confient aux communautés des compétences en matière de radio et télévision (radiodiffusion) ? ».

L'IBPT conteste tout manquement dans son chef. A titre subsidiaire, il propose de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante « Si la loi du 13 juin 2005 doit être interprétée en ce sens qu'elle autorise ou confie à l'IBPT le soin d'intervenir, seul, en matière de lignes louées, cette loi est-elle compatible avec les règles de répartition des compétences qui confient aux communautés des compétences en matière de radio et télévision ».

B. Examen du moyen et décision de la cour.

1. L'IBPT objecte avec raison que l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 ne s'appliquait pas en l'espèce.

Selon l'article 14, § 2, 5^o de la loi du 17 janvier 2003, tel que modifié le 1^{er} janvier 2006 par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, l'Institut ne pouvait prendre de décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les Communautés étaient également compétentes¹, sans attendre l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les Communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques ».

¹ Les communautés étaient d'ores et déjà compétentes pour les matières culturelles parmi lesquelles la radiodiffusion et la télévision, à l'exception de l'émission de communications du gouvernement fédéral (article 127 de la Constitution et 4, 6^o de la loi spéciale précitée du 8 août 1980).

En effet, dans son arrêt n°132/2004 du 14 juillet 2004, par lequel elle annulait, avec effet au 31 décembre 2005, l'article 14 ancien de cette loi, la Cour constitutionnelle avait considéré, à propos des infrastructures de transmission électroniques que :

« En tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques, l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler cette matière, dès lors que les communautés peuvent, elles aussi, légiférer en l'espèce, sur la base de leurs compétences en matière de radiodiffusion et de télévision. La convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences, l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés pour déterminer les compétences du régulateur » (Considérant B.5.1) ;

« En règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétences. Toutefois, en l'espèce, les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération.

Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétence² » (considérant B.6.2.) ;

La Cour constitutionnelle précisait ainsi, à l'intention du législateur fédéral, que le principe de proportionnalité s'opposait à ce qu'il définisse seul les compétences de l'IBPT dans le domaine des *l'infrastructure des communications électroniques* et qu'il commandait la conclusion d'un accord de coopération à cet effet³.

Cependant, les lignes louées ne sont, ni des infrastructures électroniques, ni des réseaux électroniques au sens de l'article 14, § 2, 5^o susdit. En effet, selon l'article 2, 30^o de la loi du 13 juin 2005 « relative aux communications électroniques », elles sont le « *service de communications électroniques consistant en la fourniture d'un système de communications offrant une capacité de transmission transparente entre les points de terminaison de réseaux, à l'exclusion de la commutation sur demande* » et tant l'article 2, 3^o de la

² En adoptant le nouvel article 14 de la loi statut, le législateur a néanmoins choisi de déterminer seul les missions de l'IBPT, tout en interdisant à celui-ci de prendre certaines décisions aussi longtemps qu'un accord de coopération ne sera pas intervenu, choix qui fut critiqué par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis sur l'avant-projet de loi « portant des dispositions diverses », Doc. 51 1845/001, p. 200 et ss.).

³ L'accord « relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision » a été conclu le 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone. Il prévoit en substance que chaque projet de décision d'une autorité de régulation, relatif aux réseaux de communications électroniques, est transmis par cette autorité aux autres autorités de régulation qui, dans les délais fixés par l'accord, peuvent faire part de leurs remarques ou saisir la Conférence des Régulateurs du secteur des communications électroniques, que les projets de décision et les remarques sont toujours motivés « du point de vue de la compétence légale » de celui qui transmet le projet de la décision ou la remarque et enfin que l'auteur du projet doit prendre en considération les remarques qui lui seront éventuellement adressées.

même loi que l'article 2 de l'Accord de coopération confirment que les lignes louées ne sont pas des éléments d'infrastructure et n'appartiennent pas aux réseaux des communications électroniques. En effet, selon ces dispositions, les réseaux sont les « systèmes de

transmission actifs ou passifs et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux autres que ceux de radiodiffusion et de télévision ». Pour ces motifs, le moyen tiré de la violation de l'article 14, § 2, 5° de la loi « statut » n'est pas fondé.

2. En revanche, tant l'article 3, §4 de la Directive « cadre » du 7 mars 2002 que l'article 4, 6° de la loi précitée du 8 août 1980 et le principe de proportionnalité, tels que la Cour constitutionnelle les interprétait déjà lors de l'adoption de la décision litigieuse, imposaient à l'IBPT de soumettre son projet de décision à la consultation des autres régulateurs.

L'article 3, §4 de la Directive « cadre » dispose ainsi que, dans le cas où les tâches à accomplir par les autorités réglementaires sont confiées à plusieurs organismes, les Etats membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun.

Même si, au moment de l'adoption de la décision litigieuse, cette obligation de concertation n'était pas transposée en droit belge pour les services de communications électroniques, (voir ci-dessus à propos de

l'article 14, §2, 5^o de la loi « statut »), l'IBPT devait, pour satisfaire à l'article 3, § 4 de la Directive « cadre », soumettre le projet de la décision litigieuse aux régulateurs communautaires, pour consultation et coopération⁴.

Par ailleurs, selon l'article 4,6^o de la loi spéciale du 8 août 1980, les communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et de télévision, cependant que le législateur fédéral demeure compétent, sur la base de son pouvoir résiduaire, pour les autres formes de télécommunications et il résulte de l'enseignement de la Cour constitutionnelle que :

- dans cette répartition des compétences, la compétence des communautés dans les matières culturelles « n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission » et « permet aux communautés de régler les aspects techniques de la transmission, qui sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision » ;

- les communautés sont donc également compétentes pour légiférer dans le domaine des services de transmission électroniques, même si l'objet de cette réglementation ne porte pas sur les missions confiées à l'IBPT (analyse de marché et imposition de remèdes à l'opérateur puissant) ;

- compte tenu des compétences respectives du législateur fédéral et des législateurs communautaires dans ce domaine (et dans celui des réseaux) et étant donné que « les développements technologiques récents ont pour effet que les matières de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, ne peuvent plus être délimitées à l'aide de critères techniques tels que l'infrastructure sous-jacente, les réseaux ou les terminaux utilisés, mais bien

⁴ Dans le même sens, à propos de la décision du 19 juin 2006 relative à l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes et adoptée avant la modification de l'article 14 de la loi « statut », voir l'arrêt de la présente cour du 12 novembre 2008, n^o 27.

sur la base de critère de contenu et de critères fonctionnels » (même arrêt, considérant B.4.3.), des dispositions contradictoires sont susceptibles d'être

- adoptées même si chaque législateur demeure dans la sphère de sa compétence ;

- dès lors, « l'infrastructure et les services de transmission électroniques communs à la radiodiffusion et à la télévision d'une part, et aux télécommunications d'autre part, doivent être réglés en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires » (arrêt de la Cour d'arbitrage n° 163/2006 du 8 novembre 2006⁵, considérant B.4.).

L'IBPT objecte qu'en l'espèce, le risque de dispositions contradictoires est inexistant. Il prétend ainsi que la coopération n'est nécessaire que lorsque l'intervention de l'IBPT a une incidence sur les compétences des communautés en matière de radiodiffusion et de télévision, que toute régulation relative aux réseaux ou services électroniques n'empiète pas nécessairement sur la compétence des communautés, qu'il faut analyser le contenu réel de la décision pour déterminer si elle peut interférer sur les services qui relèvent de la compétence des régulateurs communautaires, que tel n'était pas le cas en l'espèce car

(i) les communautés ne peuvent pas prendre, n'ont pas pris et n'auraient pas cherché à prendre des décisions de définition et d'analyse de marché, d'imposition de remèdes, de contrôle des prix pour les lignes louées, alors même qu'elles sont utilisées par des signaux télévisuels dans le cadre de réseaux de contribution (qui transmettent des signaux vers les têtes de réseau).

⁵ Cet arrêt a été rendu après l'adoption de l'article 14, § 2, 5° de la loi "statut" par la loi précitée du 20 juillet 2005, ce qui explique la rédaction actuelle dudit article qui ne vise pas les services de communications électroniques.

Ainsi, à propos du marché 18, le CSA a précisé qu'il ne vise pas les réseaux de contribution et a exclu de son analyse le seul cadre dans lequel peuvent apparaître les lignes louées ;

(ii) les lignes louées ne constitueraient pas un service de transmission commun à la radiodiffusion et à la télévision d'une part, et aux télécommunications d'autre part ; il s'agirait d'un service « générique » et non d'un service destiné spécifiquement à la radio et à la télédiffusion ;

(iii) l'IBPT est seul compétent pour adopter une décision réglementant les lignes louées dans les marchés 7 et 13 ;

(iv) sa décision n'intervient pas dans les matières culturelles car elle ne réglemente pas la capacité des OLO d'offrir à leurs clients des services audiovisuels ou de télévision et ne fait pas obstacle à ce que les communautés mènent leur politique dans leur champ de compétence.

L'IBPT invoque l'arrêt de la présente cour prononcé le 1^{er} juin 2007 (006/AR/2154, p. 9), dans lequel la cour reprochait à Belgacom de rester très imprécise dans son argumentation et de ne pas dire, *in concreto*, sur quels points une concertation devrait s'imposer avec les régulateurs communautaires afin d'éviter le risque de dispositions éventuellement contradictoires.

Il est tout d'abord permis de constater que, dans l'arrêt du 1^{er} juin 2007 précité, la cour observait que « la décision attaquée ne concerne pas le marché des services et encore moins la matière du dégroupage » et que le remède imposé par l'IBPT « est étranger aux infrastructures » (page 9 de l'arrêt ; il s'agissait en effet de réglementer l'accès au réseau téléphonique par la sélection et la présélection ainsi que la revente de l'abonnement au réseau téléphonique). Il s'ensuit que l'enseignement de cet arrêt ne peut être transposé au cas d'espèce.

Il faut ensuite relever que la Directive « cadre », le

principe de proportionnalité - tel qu'il est appliqué par la Cour constitutionnelle - et l'article 4, 6° de la loi spéciale du 8 août 1980 ne limitent pas l'obligation de concertation aux seuls cas dans lesquels les régulateurs - fédéral et communautaires - sont susceptibles de réguler les mêmes marchés afin d'éviter qu'ils adoptent à l'égard de ces mêmes marchés des dispositions incompatibles. Ils ne subordonnent pas non plus l'obligation de concertation à la condition que les services de communications électroniques en cause soient exclusivement réservés aux matières culturelles. Il faut mais il suffit que l'IBPT s'apprête à adopter une décision relative soit à un réseau de communications électroniques, soit à un service de communications électroniques dont l'usage est commun à la radiodiffusion et à la télévision d'une part et aux télécommunications d'autre part. Si tel est le cas, comme en l'espèce, l'IBPT ne peut s'arroger le droit de décider seul que sa décision n'affectera pas les compétences des autres régulateurs. Il doit permettre à ceux-ci de se prononcer eux-mêmes, et malgré l'absence regrettable d'un accord de coopération précisant, pour les services de communications électroniques, les modalités de cette concertation, les délais et les recours possibles.

Le moyen est fondé et il emporte l'annulation de la décision attaquée dans son ensemble.

IV. Conclusion.

Le recours est fondé et la décision entreprise doit être annulée.

L'examen des autres moyens ne pouvant entraîner une annulation plus ample que celle qui s'impose en raison du fondement du premier moyen, il n'y a pas lieu d'y procéder.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

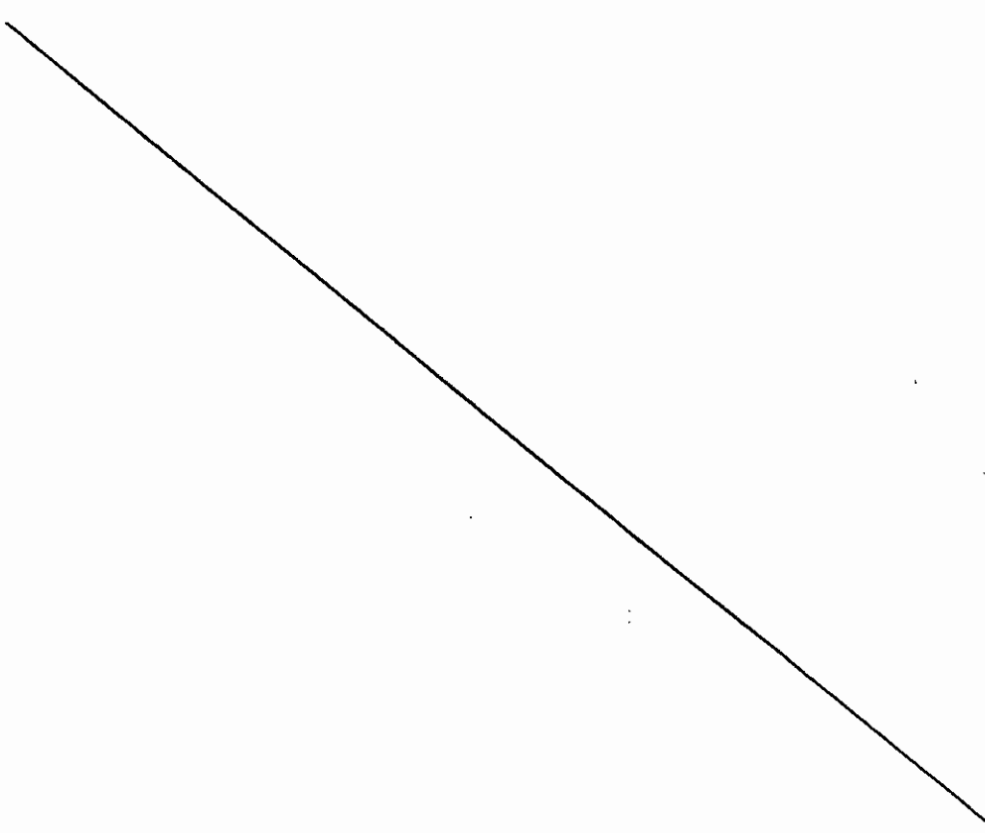
Eu égard aux dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement et ayant approuvé le renvoi aux notes en base de page du présent arrêt,

Reçoit le recours et le déclare fondé,

Annule la décision entreprise.

Condamne l'IBPT aux dépens, liquidés à 186 € (mise au rôle) et 1.200 € (indemnité de procédure pour une demande non évaluable en argent) dans le chef de BELGACOM et à 0 € dans le chef de l'IBPT.

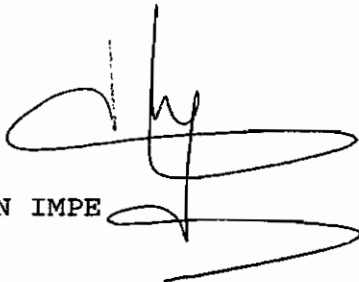


Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la
chambre 18 de la Cour d'appel de Bruxelles le 18-05-2009

Où étaient présents :

- Mr. P. BLONDEEL,
- Mme M. SALMON,
- Mr. E. BODSON,
- Mme. D. VAN IMPE,

Président,
conseiller,
conseiller,
greffier.



VAN IMPE



BODSON



SALMON



BLONDEEL