

**La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,
Chambre 18,**

N°.: 831

N°Rép.: 2008/3644

09 -05- 2008

chambre 18

**ARRET
DEFINITIF**

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N° 2005/AR/1028

Arrêt du 9 mai 2008 sur le recours de la S.A. Belgacom dirigé contre la décision de l'IBPT du 16 mars 2005 concernant les tarifs des Customer-sited IC links et des ATAP pour l'année 2005 (BRIO 2005)

EN CAUSE DE :

BELGACOM S.A., société anonyme de droit public, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 587.163 et à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro BE 202.239.951,
demanderesse,

assistée et représentée par Maître Nicole CAHEN, avocat à 1000 BRUXELLES, Central Plaza - rue de Loxum 25.

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, organisme d'intérêt public créé par l'article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et dont l'Institut continue la personne juridique conformément à l'article 13 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, dont le siège est situé à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,
partie adverse,

assisté et représenté par Maître Sébastien DEPRE, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240.

Par requête déposée au greffe de la cour le 15 avril 2005, Belgacom demande à la cour qu'elle mette à néant la décision litigieuse de l'IBPT du 16 mars 2005 qui lui impose de modifier rétroactivement, à dater du 1^{er} janvier 2005, les tarifs des « Customer sited IC-links » et des « ATAP » prévus dans l'offre d'interconnexion de référence de Belgacom relative à l'année 2005 et, par suite, qu'elle confirme pour l'année 2005 l'offre BRIO 2005 telle que publiée au 30 décembre 2004 en ce qui concerne les dits tarifs.

Les parties ont déposé leurs observations écrites et ont été entendues lors des audiences des 10 et 18 décembre 2007.

Faits à l'origine du litige

I. Les services concernés

1. Le litige porte sur les conditions de fourniture par Belgacom du service « IC-link » et du service « ATAP » aux opérateurs de réseaux publics fixes dans le cadre de l'interconnexion de leur réseau avec celui de Belgacom.

2. L'« IC-link » (Interconnect Link) ou « lien d'interconnexion » est un équipement de transmission entre deux points d'accès situés, l'un dans le réseau de Belgacom, l'autre dans le réseau d'un opérateur alternatif, permettant de créer un lien physique entre les deux réseaux, en vue de faire passer les appels vocaux d'un réseau à l'autre.

L'IC-link est dit « Customer-sited » (situé chez le client) lorsque l'équipement est fourni par Belgacom, le lien étant alors installé par Belgacom jusque dans le site de l'opérateur alternatif.

Dans ce cas, Belgacom perçoit une rémunération lors de l'installation ainsi qu'une redevance mensuelle pour son utilisation.

A l'inverse, lorsque l'opérateur alternatif installe lui-même l'équipement de transmission, ou demande à un opérateur autre que Belgacom de le réaliser pour lui, l'IC-link est dit « Belgacom-sited ». Dans ce cas, l'opérateur alternatif (ou le tiers) se procure l'élément et l'installe jusque dans les bâtiments de Belgacom, ce qui implique la fourniture par Belgacom de services de colocalisation.

3. L'« ATAP » (Access To Access Point) ou « accès à un point d'accès », est le droit d'accès à l'un des points d'accès du réseau

de Belgacom, l'interface sur lequel l'IC-link vient se connecter. Belgacom perçoit une rémunération pour son occupation lors de l'installation ainsi qu'une redevance mensuelle pour son utilisation.

4. Les points d'accès sont des centraux téléphoniques (« switch ») qui dirigent les appels des usagers du réseau interconnecté vers leurs destinataires. Il existe deux types de points d'accès du réseau de Belgacom.

L'Area Access Point (AAP), est un point d'accès zonal du réseau de Belgacom.

Le Local Access Point (LAP) est le point d'accès local du réseau de Belgacom.

II. L'offre BRIO 2005 et les décisions de l'IBPT relatives aux tarifs des services concernés pour l'année 2005

5. **L'offre BRIO 2005.** Conformément à l'article 14 de l'arrêté royal du 20 avril 1999 fixant les délais et principes généraux applicables aux négociations commerciales menées en vue de conclure des accords d'interconnexion et les modalités de publication de l'offre d'interconnexion de référence, et fixant les conditions à régler dans la convention d'interconnexion, Belgacom a communiqué à l'IBPT son projet d'offre de référence BRIO 2005, aspects quantitatifs, le 13 août 2004.

Belgacom indiquait dans sa lettre d'accompagnement que *'tenant compte du contexte réglementaire encore imprécis et en l'absence d'une mise en œuvre effective du nouveau cadre, Belgacom est d'avis que la prudence s'impose et estime dès lors justifiée une stabilisation des tarifs d'interconnexion simplement majorée d'une indexation de 1,8% ».*

Pour ce qui concerne les services ATAP et IC Links, Belgacom indiquait ce qui suit :

« L'Area ATAP est indexé de 1,8%. Le local ATAP est majoré de 10% par rapport à l'Area ATAP. Cette augmentation de 10% résulte d'une différence de structure de coûts entre les différents types de switchs (locaux et CAE). Le coût additionnel pour l'accès au local ATAP est conforme à la proposition BRIO 2004 introduite par Belgacom et majoré de 1,8%.

Le prix des IC Links est conforme au tarif BRIO 2004, applicable à partir du 1^{er} juin 2004 et complété des coûts de management et de ANS-ABC. »

Les tarifs BRIO 2004, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2004, sont ceux qui avaient été publiés par Belgacom en exécution de la décision de l'IBPT du 13 mai 2004 relative aux tarifs de l'offre de référence de Belgacom BRIO 2004 pour les 'Customer-sited Interconnected Links'.

6. L'IBPT a adressé plusieurs demandes d'informations à Belgacom dans le but de procéder (avec son consultant – le Bureau van Dijk), à la mise à jour du modèle d'évaluation des coûts de type 'top down', en indiquant que les données exigées étaient nécessaires à la détermination des tarifs BRIO 2005.

7. Par courrier du 13 décembre 2004, Belgacom informait l'IBPT que vu l'absence de décision de l'IBPT sur son offre de référence, elle procéderait à la publication de celle-ci le 15 décembre 2004.

L'IBPT a réagi par courrier du 14 décembre 2004 en indiquant que la publication d'une offre de référence non approuvée irait à l'encontre du prescrit de l'article 109ter, § 4, de la loi du 21 mars 1991 et qu'en aucun cas, Belgacom ne pouvait se prévaloir d'une approbation formelle ou même tacite de l'IBPT.

8. **Décision de l'IBPT du 23 décembre 2004.** L'IBPT a adopté une première décision le 23 décembre 2004 qui détermine les tarifs de différents services et notamment les tarifs des ATAP.

S'agissant des ATAP, l'IBPT s'est opposé à une différenciation des tarifs selon qu'il s'agit des ATAP au niveau LAP (local) et des ATAP au niveau AAP (Area) et a donc opté pour le maintien d'un tarif uniforme.

Selon l'Institut, les explications fournies par Belgacom pour justifier l'application d'un tarif plus élevé pour l'accès à un point d'accès local (LAP) en raison d'une structure de coûts différente résultant des différents types de « switching », n'étaient pas satisfaisantes.

L'Institut constatait par ailleurs que les informations sur les coûts à la base de la justification de la différenciation souhaitée par Belgacom n'étaient pas 'suffisamment stables'. Il craignait que des variations importantes des volumes respectifs LAP et AAP ne viennent fausser la détermination des prix unitaires en fonction des coûts (Décision du 23 décembre 2004, page 7, et annexe 1, page 6).

La décision du 23 décembre 2004 impose à Belgacom un tarif uniforme pour la redevance mensuelle ATAP qui est inférieur à

celui qui avait été fixé pour l'année 2004. En revanche, cette décision prévoit une augmentation substantielle de la redevance d'installation ATAP tant par rapport à celle qui avait été proposée par Belgacom pour 2005 que par rapport à celle applicable en 2004.

L'IBPT indique dans cette décision qu'une modification dans l'affectation des coûts OPEX sur l'indemnité d'installation et l'indemnité mensuelle a entraîné une augmentation importante de l'indemnité d'installation (465,70 EUR par rapport à 148,21 EUR dans le BRIO 2004). Il ajoute : *«vu l'importance considérable de cette augmentation, l'Institut se garde le droit de procéder à des vérifications supplémentaires afin de modifier les tarifs avec effet rétroactif si nécessaire. La hausse de la redevance d'installation est cependant largement compensée par l'allocation plus limitée d'OPEX à la redevance de location d'ATAP, qui est également à la base de la baisse de -10,9% (par rapport au tarif dans le BRIO 2004) ».*

L'Institut précise en outre que *« la cause et la justification du triplement de la redevance de location mensuelle supplémentaire font l'objet d'une analyse par l'IBPT ».*

Pour ce qui concerne les services au sujet desquels l'IBPT ne prenait pas position, la décision indique : *'Les tarifs des autres services faisant partie du BRIO (c'est-à-dire tous les tarifs non expressément approuvés' par la décision) feront l'objet d'une décision ultérieure au premier trimestre 2005. Dans l'attente de cette décision ultérieure, les tarifs de ces autres services sont maintenus au niveau qui était le leur dans le BRIO 2004. Etant donné que l'offre de référence de Belgacom est en principe applicable pour une année civile et que l'obligation d'orientation sur les coûts doit être respectée tout au long de l'année, les tarifs qui seront déterminés par l'Institut seront appliqués rétroactivement à partir du 1^{er} janvier 2005 »* (Décision du 23 décembre 2004, pp. 3 et 14).

S'agissant des IC Links, l'Institut imposait donc à Belgacom de maintenir les tarifs BRIO 2004, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2004, en application de sa décision du 13 mai 2004, c'est-à-dire des tarifs inférieurs à ceux que Belgacom entendait appliquer.

9. La décision du 23 décembre 2004 n'a pas fait l'objet d'un recours de Belgacom. Belgacom s'est bornée à marquer son désaccord sur la manière de procéder de l'Institut en faisant valoir que *« celle-ci rend, tant pour Belgacom que pour les autres opérateurs alternatifs, toute planification financière pour 2005 impossible. En surplus, pour Belgacom, cette décision a des implications négatives importantes en termes de gestion*

opérationnelle (facturation, négociations des contrats d'interconnexion, etc.) » (Lettre du 26 janvier 2005).

10. En date du 30 décembre 2004, Belgacom a procédé à la publication de l'offre BRIO 2005, adaptée en fonction de la décision de l'IBPT du 23 décembre 2004.

11. En janvier et février 2005, un échange de courriers a eu lieu entre le consultant de l'IBPT – le Bureau van Dijk- et Belgacom, sur le calcul des tarifs des ATAP et des IC-Links.

12. **Décision litigieuse du 16 mars 2005.** L'IBPT a adopté une seconde décision en date du 16 mars 2005 laquelle fait l'objet du présent recours.

Il y est exposé que cette décision a pour objet de fixer, après vérification des coûts sous-jacents de Belgacom à la lumière de l'obligation pesant sur cet opérateur d'orienter ses tarifs d'interconnexion sur les coûts, les tarifs applicables en 2005 pour les Customer-sited IC Links et les ATAP et que ces tarifs ont été déterminés sur base des résultats du modèle de coûts « top down » utilisé ces dernières années et actualisé avec les données les plus récentes.

Aux termes de la décision, les tarifs qu'elle fixe remplacent les tarifs figurant dans la décision du Conseil du 23 décembre 2004 et ils doivent être appliqués rétroactivement à partir du 1^{er} janvier 2005. La décision énonce à cet égard qu' « étant donné que l'offre de référence de Belgacom est en principe applicable pour une année civile et que l'obligation d'orientation sur les coûts doit être respectée tout au long de l'année, les tarifs déterminés doivent être appliqués rétroactivement à partir du 1^{er} janvier 2005. »

Cette décision détermine les tarifs des Customer-sited IC links et les tarifs des ATAP pour l'année 2005 à des niveaux inférieurs à ceux qui résultaient de la première décision du 23 décembre 2004.

Cadre réglementaire

13. Au jour de la décision attaquée, le nouveau cadre réglementaire concernant les communications électroniques, constitué par les directives du 7 mars 2002 (directive « cadre », directive « autorisation », directive « accès » et directive « service universel »), n'avait pas encore été transposé en droit national alors que le délai de transposition expirait le 24 juillet 2003.

Aux termes de l'article 7.1 de la directive « accès », les Etats membres maintiennent toutes les obligations relatives à l'accès et l'interconnexion imposées aux entreprises fournissant des réseaux et/ou des services de communications publics qui étaient applicables avant l'entrée en vigueur de la directive « accès », notamment celles imposées en vertu des articles 4, 6, 7, 8, 11, 12 et 14 de la directive 97/33/CE, jusqu'à ce que ces obligations aient été réexaminées à la lumière des résultats d'une analyse de marché et qu'une décision les concernant ait été prise.

14. L'article 2 de la directive 97/33/CE du Parlement et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), définit l'interconnexion comme suit : « la liaison physique et logique des réseaux de télécommunications utilisés par le même organisme ou un organisme différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un organisme de communiquer avec les utilisateurs du même ou d'un autre organisme ou d'accéder aux services fournis par un autre organisme ».

La directive énonce les obligations que les organismes réputés puissants sur le marché doivent respecter. Est réputé être puissant sur le marché, au sens de la directive, l'organisme qui détient une part supérieure à 25% d'un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un Etat membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités (article 4.3 de la directive 97/33/CE)

L'article 7 de la directive énonce, en ses paragraphes 1 à 4 :

« Article 7

Principes de tarification de l'interconnexion et système de comptabilisation des coûts

1. Les États membres veillent à ce que les dispositions des paragraphes 2 à 6 s'appliquent aux organismes exploitant les réseaux publics de télécommunications et/ou les services de télécommunications accessibles au public définis à l'annexe I première et deuxième parties, qui ont été notifiés par les autorités réglementaires nationales en qualité d'organismes puissants sur le marché.

2. Les redevances d'interconnexion respectent les principes de la transparence et de l'orientation en fonction des coûts. La charge de la preuve que les redevances sont déterminées en fonction des coûts réels, y compris un rendement raisonnable des investissements, incombe à l'organisme qui fournit l'interconnexion

avec ses installations. Les autorités réglementaires nationales peuvent demander à un organisme de justifier intégralement ses redevances d'interconnexion et, si nécessaire, en exiger l'adaptation. Le présent paragraphe est également applicable aux organismes définis à l'annexe I troisième partie, qui ont été notifiés par des autorités réglementaires nationales comme étant des organismes puissants sur le marché national de l'interconnexion.

3. Les autorités réglementaires nationales veillent à la publication, conformément à l'article 14 paragraphe 1, d'une offre d'interconnexion de référence. L'offre d'interconnexion de référence comprend une description des offres d'interconnexion réparties en divers éléments selon les besoins du marché et les modalités et conditions correspondantes, y compris la tarification.

Plusieurs tarifs, modalités et conditions différents d'interconnexion peuvent être fixés pour diverses catégories d'organismes qui sont autorisés à fournir des réseaux et des services, lorsque ces différences peuvent objectivement se justifier sur la base du type d'interconnexion fourni et/ou des conditions d'octroi de licences nationales concernées. Les autorités réglementaires nationales veillent à ce que ces différences ne conduisent pas à des distorsions en matière de concurrence et, en particulier, que l'organisme applique les tarifs ainsi que les modalités et les conditions d'interconnexion correspondants lorsqu'il fournit une interconnexion pour ses propres services ou ceux de ses filiales ou partenaires, conformément à l'article 6 point a).

L'autorité réglementaire nationale a la faculté d'imposer des modifications de l'offre d'interconnexion de référence, lorsque ces dernières sont justifiées.

L'annexe IV fournit une liste d'exemples d'éléments entrant ultérieurement dans l'élaboration des redevances d'interconnexion, des structures tarifaires et des éléments de tarification. Lorsqu'un organisme procède à des modifications de l'offre d'interconnexion de référence publiée, les adaptations requises par l'autorité réglementaire nationale peuvent avoir un effet rétroactif, à partir de la date d'introduction de la modification.

4. Conformément à la législation communautaire, les redevances d'interconnexion sont suffisamment décomposées, de sorte que le demandeur n'est pas tenu de payer pour l'élément qui n'est pas strictement lié au service demandé.»

L'article 14, paragraphe 1, de la directive dispose :

« En ce qui concerne les informations définies à l'article 7 paragraphe 3, à l'article 9 paragraphe 2, à l'article 10 et à l'article 12 paragraphe 4, les autorités réglementaires nationales veillent à

ce que des informations à jour soient publiées de façon appropriée afin que les parties intéressées y aient aisément accès. Les modalités de publication de ces informations sont spécifiées dans le journal officiel national de l'État membre concerné ».

15. L'article 106 de la loi du 21 mars 1991 qui est resté en vigueur jusqu'au 30 juin 2005 dispose, en son paragraphe 1^{er}, que les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne, notamment, les services d'interconnexion et que préalablement à chaque augmentation des tarifs applicables à ces services pour lesquels ces opérateurs sont puissants, les organismes puissants communiquent à l'institut, selon les modalités fixées par le Roi, sur avis de l'institut, les éléments permettant d'apprécier la compatibilité de ces augmentations avec les contraintes réglementaires applicables.

L'article 109^{ter} de la même loi énonce, en ses paragraphes 4 et 5, insérés par la loi du 19 décembre 1997 (article 73) et modifiés par l'arrêté royal du 4 mars 1999 et par l'arrêté royal du 19 mars 2003, les règles suivantes :

« § 4. Tout organisme puissant (sur le marché des réseaux publics de téléphonie fixe ou des services de lignes louées) ou de la téléphonie vocale est tenu de publier, selon les modalités fixées par le Roi sur proposition de l'institut, une offre technique et tarifaire d'interconnexion approuvée préalablement par l'institut. Cette offre doit être dégroupée de manière à éviter que le demandeur d'interconnexion de référence ne soit obligé de souscrire à des services auxquels il ne souhaite pas souscrire. L'institut apprécie si l'offre est suffisamment dégroupée.

(...)

L'institut peut imposer les modifications qu'il juge indispensables à l'offre d'interconnexion.

(...)

Les tarifs d'interconnexion doivent être orientés sur les coûts. Cette orientation s'impose aux organismes mentionnés à l'alinéa 1^{er}, ainsi qu'aux opérateurs de réseaux publics de téléphonie mobile et aux fournisseurs de services publics de téléphonie mobile qui sont des organismes puissants sur le marché de l'interconnexion. L'Institut est habilité à vérifier le respect de cette orientation.

L'Institut est habilité à vérifier le système de comptabilisation des coûts. Il peut être assisté par un réviseur d'entreprise agréé qui est indépendant de l'organisme de télécommunications. Une

attestation de conformité du système de comptabilisation des coûts
est publiée annuellement.

§ 5. L'interconnexion fait l'objet d'une convention entre les parties concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'interconnexion. Le Roi arrête, sur avis de l'institut, les conditions qui doivent au minimum être réglées dans une convention d'interconnexion. A tout moment et de sa propre initiative, l'Institut peut intervenir pour imposer à une ou plusieurs parties à une négociation d'un accord d'interconnexion le respect des conditions minimales fixées par le Roi ou pour fixer les questions complémentaires devant être réglées ainsi que les conditions spécifiques à respecter dans un tel accord. La convention d'interconnexion est communiquée à l'institut dans son intégralité.

Si cela est indispensable pour garantir l'égalité des conditions de concurrence ou l'interopérabilité, l'institut peut demander la modification des conventions déjà conclues.

A cette fin, l'institut fixe le délai à l'issue duquel les parties doivent avoir modifié leur convention en vue d'apporter la modification demandée par l'institut. La nouvelle convention est communiquée pour approbation à l'institut. A défaut d'un accord entre les parties ou en cas de non approbation de la convention, l'institut impose les modifications qu'il juge indispensables. »

Ces dispositions qui tendent à transposer l'article 7 de la directive 97/33/CE, ont été abrogées par l'article 155 de la loi du 13 juin 2005. Toutefois, conformément à l'article 7.1. de la directive « accès », la loi du 13 juin 2005 dispose, en son article 162, remplacé par la loi du 27 décembre 2005 :

« Les obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché par ou en vertu de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, ainsi que les obligations imposées par ou en vertu de l'article 105bis, alinéas 7 et 9, de la même loi, tel qu'il était libellé avant son abrogation par la loi du 13 juin 2005, sont maintenues jusqu'au moment où, au terme de l'analyse du marché pertinent dans lequel elles s'inscrivent, l'Institut rend une décision concernant chacune de celles-ci conformément aux articles 54 à 56. »

16. L'arrêté royal du 20 avril 1999 fixant les délais et principes généraux applicables aux négociations commerciales menées en vue de conclure des accords d'interconnexion et les modalités de publication de l'offre d'interconnexion de référence, et fixant les conditions à régler dans la convention d'interconnexion, comprend sous le chapitre II intitulé « Publication de l'offre d'interconnexion de référence », les dispositions suivantes:

« Section 1. - Information de l'Institut

Article 14. Avant le 15 août de chaque année, chaque organisme puissant transmet à l'Institut une copie du projet d'offre d'interconnexion de référence.

Article. 15. L'Institut peut effectuer une consultation publique au sujet de cette offre d'interconnexion de référence parmi les opérateurs concernés par l'offre d'interconnexion de référence.

Article 16. L'Institut fait part de ses observations et le cas échéant des modifications à apporter à l'offre d'interconnexion de référence avant le 15 novembre de chaque année. L'organisme puissant a alors un délai d'un mois pour inclure les modifications et publier l'offre d'interconnexion de référence.

Section 2. Publication de l'offre de référence.

Article 17. Après l'approbation de l'offre d'interconnexion de référence par l'Institut, l'organisme puissant concerné publie une communication au Moniteur belge afin d'avertir les parties intéressées par l'interconnexion de cette approbation. Par la même occasion, il est signalé que les parties intéressées par l'interconnexion peuvent prendre connaissance de l'offre d'interconnexion de référence de l'organisme concerné sur simple demande adressée à celui-ci.

Article 18. La communication visée à l'article précédent concernant l'offre d'interconnexion de référence est publiée par chaque organisme puissant avant le 30 décembre de chaque année.

Article 19. L'offre d'interconnexion de référence est publique et gratuite.

Article 20. L'offre d'interconnexion de référence est en principe valable pour l'année civile qui suit l'année de publication. Si un organisme puissant désire apporter des modifications à cette offre pendant l'année civile en cours, il doit en demander préalablement l'approbation de l'Institut. »

S'agissant de l'article 20 de cet arrêté royal, il est dit dans le Rapport au Roi que « cet article consacre l'annalité des offres de référence leur permettant ainsi de s'adapter à l'évolution du marché des télécommunications ».

Discussion**A. La recevabilité du recours**

17. L'intérêt de Belgacom, destinataire de la décision litigieuse, à en obtenir l'annulation n'est pas contesté.

Cet intérêt est établi dans la mesure où les modifications imposées par l'IBPT à Belgacom obligent Belgacom à proposer des tarifs qui sont inférieurs à ceux qu'elle envisageait d'appliquer suivant son offre de référence communiquée à l'Institut le 13 août 2004, sauf en ce qui concerne les redevances d'installation.

18. En présence d'une décision antérieure non attaquée mais ayant le même objet que la décision attaquée, la cour doit examiner d'office dans quelle mesure le recours est recevable.

Les décisions de l'IBPT des 23 décembre 2004 et 16 mars 2005 portent toutes deux sur l'offre de référence de Belgacom communiquée à l'Institut le 13 août 2004. Elles ont en effet été adoptées dans le cadre de l'exercice par l'IBPT de son pouvoir de contrôler l'offre de référence BRIO 2005.

La décision litigieuse du 16 mars 2005 confirme sur certains points la position adoptée par l'IBPT dans sa décision antérieure du 23 décembre 2004. Il en est notamment ainsi du rejet d'une différenciation des tarifs ATAP locaux et zonaux.

La question se pose dès lors de savoir si Belgacom est recevable à poursuivre l'annulation de la décision du 16 mars 2005 en ce que celle-ci confirme la position antérieurement adoptée par l'IBPT en ce qui concerne le rejet de certains coûts.

Il résulte clairement du contenu des deux décisions que seule la décision du 16 mars 2005 doit être regardée comme celle qui fixe la position définitive de l'IBPT au terme de la procédure d'examen de l'offre de référence BRIO 2005.

En ce qui concerne les ATAP, l'IBPT a annoncé dans sa décision du 23 décembre 2004 qu'il procéderait à un examen plus approfondi qui pourrait conduire à une modification des tarifs arrêtés dans cette première décision, avec effet rétroactif 'si nécessaire'. Il a notamment indiqué que le calcul de certains tarifs faisait partie du modèle top down pour l'interconnexion, que ces tarifs seraient fixés une fois que ce modèle serait actualisé ou encore, que la cause et la justification de certains tarifs faisaient encore l'objet d'une analyse par l'IBPT.

En ce qui concerne les IC Links, l'IBPT a décidé le 23 décembre 2004 d'ajourner la décision sur les tarifs proposés par Belgacom ('les tarifs de cette section feront l'objet d'une décision ultérieure de l'IBPT'). Il a imposé à Belgacom d'appliquer, dans l'attente de cette décision, les tarifs 2004.

L'IBPT a donc attaché aux mesures qu'il adoptait le 23 décembre 2004 le caractère de mesures intermédiaires et provisoires, même si ces mesures ont produit des effets juridiques obligatoires entre le moment de leur adoption et le jour de la décision attaquée.

Il ressort des éléments du dossier comme des motifs de la décision du 16 mars 2005 que l'IBPT a procédé à un réexamen complet des tarifs ATAP et IC Link avant d'adopter des nouveaux tarifs qui remplacent ceux provisoirement fixés le 23 décembre 2005.

Il résulte de ce qui précède que Belgacom peut poursuivre l'annulation de la décision du 16 mars 2005 quand bien même cette décision ne fait que confirmer, sur certains points (par exemple le maintien d'un tarif uniforme pour les ATAP), l'approche suivie par l'IBPT dans sa décision du 23 décembre 2004 et que celle-ci n'a pas fait l'objet d'un recours.

Par ailleurs cette décision a été rétractée par l'IBPT, par sa décision du 16 mars 2005.

B. Sur le grief relatif au non respect du délai fixé par l'arrêté royal du 20 avril 1999 pour intervenir

19. Belgacom fait valoir qu'au jour de la décision attaquée, l'IBPT était sans pouvoir pour imposer des modifications de l'offre de référence approuvée et publiée, le simple renvoi à la décision du 23 décembre 2004 – laquelle annonce l'adoption d'une décision ultérieure - ne pouvant fonder une intervention de l'Institut dès lors qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne permet à l'IBPT d'adopter au cours de l'année durant laquelle l'offre de référence est valable, des décisions modificatives d'une décision d'approbation existante.

Elle conclut en substance comme suit :

- en application de l'article 16 de l'arrêté royal du 20 avril 1999, une décision de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence ne pouvait intervenir qu'avant le 15 novembre 2004 ;
- le délai de trois mois prévu par l'article 16 entre la date de communication de l'offre de référence (15 août) et la date ultime pour l'imposition de modifications (15 novembre), a

été établi en vue de permettre à l'IBPT d'examiner l'offre, de recueillir des informations et d'entendre les parties concernées, en sorte que l'IBPT ne peut se prévaloir de difficultés dans le traitement des informations pour justifier son intervention tardive du 16 mars 2005 ;

- L'Institut ne saurait puiser dans l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/33/CE qui n'est pas directement applicable, le pouvoir d'imposer à tout moment des modifications de l'offre de référence d'interconnexion ;
- L'IBPT n'a reçu aucune habilitation autre que celle de contrôler l'offre de référence que lui confère l'article 109ter de la loi du 21 mars 1991 de la manière prévue par l'arrêté royal du 20 avril 1999 pris en exécution de cette disposition ;
- Il ressort de l'article 109ter, § 4, de la loi du 21 mars 1991 que l'habilitation donnée au Roi de fixer les modalités de la publication de l'offre de référence couvre la fixation d'un calendrier pour le déroulement de la procédure d'approbation puisque cette disposition prévoit que l'offre publiée doit être préalablement approuvée ;
- L'exigence d'une approbation préalable, bien que non prévue par la directive, n'est pas contraire à la directive. Cette exigence présente l'avantage d'encourager la sécurité juridique et d'éviter des modifications rétroactives. C'est la nécessité d'une approbation préalable qui servirait de fondement à l'article 20 de cet arrêté royal qui énonce que l'offre de référence d'interconnexion a une durée de validité d'un an, ce qui exclut que l'IBPT puisse à tout moment exiger des modifications de l'offre de référence. Lui reconnaître un tel pouvoir reviendrait à réintroduire une source d'insécurité juridique que l'exigence d'une approbation préalable a précisément voulu écarter.
- Le caractère annuel de l'offre prévu par l'article 14 de l'arrêté royal du 20 avril 1999 répondrait au prescrit de l'article 14, paragraphe 1, de la directive, selon lequel les informations qui doivent être publiées sont 'des informations à jour'.
- Si l'arrêté royal du 20 avril 1999 permet à l'IBPT d'intervenir en dehors du calendrier prévu par les articles 14 et suivants, c'est uniquement en vertu de l'article 12 du même arrêté, dans le cadre de la négociation d'un accord d'interconnexion lorsque les parties ne parviennent pas à un accord.
- Les articles 14 à 22 de l'arrêté royal étant dérogatoires au principe de la liberté des activités de télécommunications énoncé par l'article 69 de la loi du 21 mars 1991, et donc à

la règle de l'autonomie de la volonté, ils sont nécessairement d'interprétation restrictive.

- L'obligation générale de respecter le principe d'orientation des tarifs vers les coûts ne peut fonder le pouvoir d'intervention de l'IBPT en dehors du calendrier réglementaire hormis le cas, prévu par l'article 106, § 1^{er}, d'une augmentation des tarifs et celui où l'opérateur puissant envisage de modifier, en cours d'année, l'offre publiée, prévu par l'article 20 de l'arrêté royal ;

20. Belgacom soutient par ailleurs que si l'application de l'article 109 ter § 4 devait être écartée pour non-conformité avec la directive, en ce qu'il prévoit une approbation préalable de l'offre de référence par l'IBPT, il y aurait lieu d'écarter également les dispositions de l'arrêté royal du 20 avril 1999 en ce qu'elles prévoient la publication annuelle d'une offre de référence.

Elle considère qu'à supposer même une transposition incorrecte de la directive, l'IBPT ne pouvait s'arroger une compétence exclue par l'exécution qu'il a lui-même donnée à l'arrêté royal durant des années, en imposant à Belgacom la publication annuelle d'une offre d'interconnexion, et trouve malvenu que l'IBPT ait soulevé une contestation sur l'étendue de ses pouvoirs au moment où les mesures d'exécution de la nouvelle loi du 13 juin 2005 étaient en préparation.

21. L'IBPT rétorque qu'en application des dispositions nationales, son pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence peut s'exercer de deux manières qui coexisteraient sans que l'on puisse y voir une contradiction :

- à l'occasion du contrôle du projet d'offre de référence qui doit lui être soumis pour approbation avant sa publication, et ce, en indiquant avant le 15 novembre de l'année de sa publication, les modifications à apporter à l'offre de référence, sur pied de l'article 16 de l'arrêté royal du 20 avril 1999 ;
- à tout moment, sur pied de l'article 109 ter, § 4, alinéa 5, lu à la lumière de l'article 7, paragraphe 3, de la directive.

En conséquence, l'article 20 de l'arrêté royal qui précise que l'offre de référence publiée, approuvée préalablement par l'IBPT, vaut pour l'année civile qui suit sa publication n'empêcherait pas l'IBPT d'exiger la modification de l'offre au cours de l'année de référence, par exemple lorsqu'il constate, sur la base d'une étude approfondie, qu'une proposition tarifaire n'est pas orientée vers les

coûts.

L'IBPT considère cependant également que le Roi a excédé les limites de l'habilitation qui lui a été donnée, en limitant son pouvoir d'intervention rationae temporis.

Il relève que la détermination d'un délai d'intervention, qui est nécessairement constitutive d'une limitation des compétences de l'autorité de régulation dans le temps, ne constitue pas une « modalité » relative à la publication de l'offre de référence, mais vise, au contraire, l'étendue des pouvoirs de l'IBPT.

22. En appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduites en vue d'exécuter une directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre les résultats visés par celle-ci (principe de l'interprétation conforme).

Il ressort du texte de l'article 7 de la directive (ONP) que celui-ci devait donner lieu à l'adoption dans l'ordre juridique national :

- de dispositions prévoyant l'obligation dans le chef des organismes notifiés par les autorités réglementaires nationales en qualité d'organismes puissants sur le marché, de publier sous leur responsabilité une offre d'interconnexion de référence et confiant à l'ARN la mission de veiller à la publication de cette offre conformément à l'article 14 paragraphe 1 de la directive ;
- de dispositions donnant à l'ARN le pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence, lorsque ces dernières sont justifiées;
- de dispositions donnant à l'ARN le pouvoir d'exiger que les modifications qui auraient été apportées par l'opérateur soient adaptées, avec effet rétroactif à partir de la date d'introduction de la modification.

L'article 7 de la directive (ONP) ne limite pas dans le temps le pouvoir des ARN d'exiger des modifications de l'offre de référence publiée lorsque ces dernières sont justifiées ni celui de requérir des adaptations aux modifications qui y auraient été apportées. Elle ne prévoit pas la possibilité pour les Etats membres de subordonner la publication de l'offre de référence ou sa prise d'effets à l'approbation préalable de l'offre par l'ARN ni la possibilité pour les Etats membres de prévoir qu'une offre de référence a une durée de validité déterminée.

Eu égard à la finalité de la directive, il est manifeste que les ARN doivent pouvoir imposer des modifications de l'offre de référence à tout moment et de leur propre initiative, à la lumière de la situation du marché et des informations dont elles disposent, afin de donner effet aux obligations de transparence, de non-discrimination et de l'orientation des tarifs en fonction des coûts, imposées au titre de la directive ONP aux opérateurs puissants et en vue notamment d'accélérer la négociation d'accords d'interconnexion et d'éviter les litiges.

Le législateur national ne dispose donc pas d'une marge d'appréciation pour opérer des choix normatifs en ce qui concerne l'étendue du pouvoir d'intervention de l'ARN.

Toute disposition qui a pour effet de limiter dans le temps le pouvoir de l'ARN d'exiger des modifications de l'offre de référence lorsque celles-ci se justifient est donc incompatible avec l'objet et l'économie de la directive.

Or, la fixation d'un délai dans lequel l'ARN doit se prononcer sur l'offre de référence ou la fixation de la durée de validité de l'offre de référence approuvée, fut-ce tacitement, sont des mesures qui ont nécessairement pour effet d'empêcher l'autorité de prendre de sa propre initiative et à tout moment, les mesures nécessaires à la réalisation de ces objectifs.

Par ailleurs, les obligations imposées au titre de la directive aux opérateurs notifiés puissants par la loi nationale pèsent sur eux de manière directe, la publication d'une offre de référence n'étant qu'un moyen pour les ARN d'en contrôler le respect. Ce pouvoir de contrôle ne saurait donc consister en une constatation préalable de la légalité de l'offre de référence liant l'ARN pour une période déterminée.

23. Au vu de ces considérations, une interprétation conforme de l'article 109^{ter} paragraphe 4 de la loi du 21 mars 1991 avec la directive, exige de considérer qu'en adoptant la disposition selon laquelle « *l'Institut peut imposer les modifications qu'il juge indispensables à l'offre d'interconnexion* » le législateur a donné à l'IBPT le pouvoir d'imposer des modifications de l'offre de référence de sa propre initiative et à tout moment, et qu'en imposant à l'opérateur puissant l'obligation de publier une offre d'interconnexion, il n'a nullement entendu obliger celui-ci à publier, chaque année, une nouvelle offre de référence valable pour un an.

Ce texte qui ne limite en aucune manière l'exercice de ce pouvoir dans le temps constitue donc une mise en œuvre correcte de la directive.

Vu le pouvoir ainsi reconnu à l'IBPT d'exiger à tout moment des modifications de l'offre de référence lorsque ces dernières se justifient, la règle reprise au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, de la même disposition, selon laquelle tout organisme puissant est tenu de publier une offre d'interconnexion « *approuvée préalablement par l'Institut* », ne peut s'interpréter comme introduisant une mesure de tutelle administrative consistant en la formalité d'une approbation préalable au sens du droit administratif, c'est-à-dire d'une formalité par laquelle la conformité de l'offre avec la légalité serait constatée de manière irrévocable et définitive et sans laquelle l'offre de référence ne pourrait pas être publiée ou devrait être considérée comme non avenue si elle a été publiée.

Une telle interprétation entraînerait en effet la constatation d'une incohérence du législateur car on ne peut à la fois subordonner les effets de l'offre de référence à la constatation préalable, par une autorité de contrôle, de sa conformité avec les obligations légales applicables et l'intérêt général, et dans le même temps doter cette autorité du pouvoir de revenir sur sa décision en exigeant des modifications de l'offre de référence approuvée sans faire de la décision d'approbation préalable un acte provisoire et réversible, et donc parfaitement inutile.

En l'espèce, le texte selon lequel tout organisme puissant est tenu de publier « *une offre technique et tarifaire d'interconnexion approuvée préalablement par l'Institut* » dont les termes n'ont pas été définis par le législateur et dont il convient dès lors de déterminer la portée de manière à le concilier avec le pouvoir de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence lorsque ces dernières sont justifiées, doit donc être interprété comme indiquant seulement que l'offre de référence initiale et les modifications que l'opérateur souhaiterait y apporter sont communiquées à l'IBPT pour être soumises à son contrôle avant d'être publiées, afin de mettre l'IBPT en mesure d'exercer son pouvoir d'exiger des modifications, le cas échéant, avant même la publication.

24. Il y a lieu de déduire de ce qui précède que la loi du 21 mars 1991 n'a nullement conféré au Roi le pouvoir d'imposer à l'IBPT un délai pour exiger des modifications de l'offre de référence soumise à son contrôle ni celui de déterminer la durée de validité d'une offre de référence.

Or, le régime institué par l'arrêté royal du 20 avril 1999 consiste à imposer à l'opérateur notifié l'obligation de transmettre à l'IBPT, chaque année, un projet d'offre de référence et, corrélativement, à limiter dans le temps le pouvoir d'intervention de l'IBPT dès lors que :

- l'Institut ne peut exiger des modifications de l'offre de référence annuelle, soumise à son contrôle, qu'avant sa publication (article

16) ;

- l'offre approuvée, le cas échéant de manière tacite, a une validité d'un an, et
- toute modification de l'offre de référence pendant l'année civile en cours dépend d'une initiative de l'opérateur notifié (article 20).

L'application de ces dispositions a donc pour effet de priver l'IBPT de la possibilité d'imposer, à tout moment, des modifications de l'offre de référence, ce qui est incompatible avec l'article 109^{ter} paragraphe 4 de la loi. Elle doit donc être écartée (dans le même sens, arrêts de la cour du 16 juin 2006 (2004/AR/1777) et du 23 octobre 2007 (2005/AR/1251))

25. Contrairement à ce que soutient Belgacom, la solution adoptée par la cour dans son arrêt du 15 octobre 2004 (2003/AR/1664) en ce qui concerne le pouvoir de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence pour l'accès à un débit binaire, n'est pas transposable en l'espèce dès lors que la Cour a constaté que le droit communautaire ne prévoyait pas une obligation de publier une offre de référence pour l'accès à un débit binaire et qu'aucune disposition nationale ne donne à l'IBPT le pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence pour l'accès à un débit binaire au-delà du délai de deux mois prévu par l'article 6^{onies} de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunication.

26. Dès lors que l'application des dispositions précitées doit être écartée, il y a lieu de conclure qu'au jour de la décision attaquée, l'IBPT était bien habilité à exiger des modifications de l'offre de référence publiée le 30 décembre 2004.

Le moyen est donc rejeté.

27. Il est vrai, comme l'indique Belgacom, que les dispositions de l'arrêté royal qui imposent la publication annuelle d'une offre de référence et limitent à un an la validité d'une offre de référence doivent également être considérées comme incompatibles avec l'article 109^{ter} de la loi du 21 mars 1991 puisque ces modalités n'ont de sens que dans le cadre d'un régime qui limite dans le temps le pouvoir de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence.

Cependant, Belgacom n'indique pas en quoi le fait d'écarter ces dispositions aurait une incidence sur le présent litige.

Belgacom n'a pas introduit de recours contre la décision de l'IBPT du 23 décembre 2004 qui lui a imposé – dans l'attente d'une décision ultérieure- de maintenir les tarifs au niveau 2004 en ce qui concerne les services au sujet desquels l'IBPT ne se prononçait pas dans cette décision et elle a procédé à la publication d'une offre de référence qui reprend les tarifs 2004 pour les dits services.

La circonstance que la décision attaquée a été prise suite à la communication à l'IBPT, dans le délai imparti par l'article 14 de l'arrêté royal du 20 avril 1999, de l'offre d'interconnexion de référence pour l'année 2005 est sans pertinence sur le pouvoir de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence publiée, pour autant que les modifications exigées soient justifiées.

C. Sur le non respect du principe de non rétroactivité des actes administratifs

28. La décision attaquée prévoit que les tarifs qu'elle impose doivent être appliqués rétroactivement à dater du 1^{er} janvier 2005 et elle se fonde à cet égard sur la considération que l'offre de référence étant applicable pour une année civile, l'obligation d'orientation sur les coûts doit être respectée tout au long de cette année.

29. Belgacom fait grief à l'IBPT d'avoir dérogé au principe de non rétroactivité des actes administratifs sans avoir exposé en quoi cette dérogation se justifiait. Elle rappelle qu'il ne peut être dérogé à ce principe que si la rétroactivité est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général (C.A. n° 6/2003 du 22 janvier 2003, considérant B.8 ; C.A.n° 7/97 du 19 février 1997, considérant B.4.6.). Elle rappelle par ailleurs que la section de législation du Conseil d'Etat avait souligné, dans son avis sur le projet d'arrêté royal du 20 avril 1999 que l'approbation préalable de l'offre de référence permet précisément d'éviter toute modification rétroactive, source d'insécurité juridique.

30. L'IBPT rappelle tout d'abord qu'il avait annoncé dans sa décision du 23 décembre 2004 qu'il poursuivrait l'examen de l'offre de référence en ce qui concerne les tarifs ATAP et les IC Links et adopterait une nouvelle décision qui fixerait les tarifs applicables, le cas échéant avec effet rétroactif à compter du 1^{er} janvier 2005.

L'Institut expose que les tarifs appliqués par Belgacom entre le 1^{er} janvier 2005 et le 16 mars 2005, c'est-à-dire les tarifs que l'Institut avait fixés dans sa décision du 23 décembre 2004, ne respectent

pas le principe d'orientation en fonction des coûts. Les tarifs relatifs aux ATAP seraient même exorbitants, ce que la décision du 16 mars 2005 ferait clairement apparaître. Il ajoute qu'il ne se conçoit pas qu'une ARN accepte une telle situation et que la seule manière d'y remédier est d'attacher un effet rétroactif aux nouveaux tarifs.

L'Institut fait valoir que Belgacom a elle-même modifié – en cours d'année- son offre de référence BRIO, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier (addendum n°3 BRIO 2005). Il considère que *'la logique implique que les modifications à l'offre de référence en cours d'année produisent leurs effets dès le 1^{er} janvier, peu importe qui est à l'origine de cette modification, que ce soit l'IBPT ou Belgacom elle-même.'*

31. Il y a lieu d'écarter d'emblée l'argument de l'IBPT tiré du fait que Belgacom aurait procédé en cours d'année à une modification de l'offre de référence avec effet rétroactif au 1^{er} janvier.

Premièrement, c'est pour se conformer à la décision de l'IBPT en ce qui concerne les tarifs In-Span Interconnect Link que Belgacom a agi de cette manière.

Deuxièmement, le principe de non rétroactivité des actes administratifs s'appliquent aux actes de l'autorité, ce que Belgacom n'est pas.

32. Ensuite, il apparaît que les parties perdent de vue que la décision attaquée porte sur la proposition d'offre de référence de Belgacom, telle que communiquée à l'IBPT en août 2004, la seule qui soit soumise au contrôle de l'Institut.

Cette décision ne peut donc être regardée comme une prise de position de l'Institut sur le caractère excessif ou non des tarifs qu'il a lui-même fixés à titre provisoire dans sa décision du 23 décembre 2004 et que Belgacom a été contrainte de publier.

33. Aux termes de l'article 7.3 de la directive 97/33, lorsqu'un organisme procède à des modifications de l'offre d'interconnexion de référence publiée, les adaptations requises par l'autorité réglementaire nationales peuvent avoir un effet rétroactif, à partir de la date d'introduction de la modification.

Dans sa recommandation du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie I- Tarification de l'interconnexion), la Commission rappelle le pouvoir des ARN d'exiger des modifications rétroactives des redevances, et recommande même aux ARN de l'exercer lorsque

les redevances dépassent les fourchettes tarifaires « de meilleure pratique » qu'elle indique (point 5).

Les dispositions nationales qui confèrent à l'IBPT le pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence doivent donc s'interpréter comme conférant à l'IBPT le pouvoir d'exiger des adaptations avec rétroactif au jour de la modification introduite par Belgacom.

L'offre de référence de Belgacom communiquée à l'IBPT le 13 août 2004 introduit des modifications par rapport à l'offre de référence BRIO 2004. Les modifications que Belgacom envisageait d'apporter devaient prendre effet à compter du 1^{er} janvier 2005.

L'IBPT pouvait donc, en principe, faire rétroagir les adaptations requises à la date du 1^{er} janvier 2005.

34. Il est vrai que l'offre de référence communiquée à l'Institut le 13 août 2004 n'a pas été publiée par Belgacom et que l'offre de référence BRIO publiée le 30 décembre 2004 est celle qui a été adaptée en fonction de la décision du 23 décembre 2004, notamment en ce qui concerne les tarifs des ATAP et des IC Links.

Cette seule circonstance ne permet pas de considérer que la décision du 16 mars 2005 porte non sur les modifications apportées par Belgacom à son offre de référence mais bien sur les modifications imposées par l'Institut à Belgacom le 23 décembre 2004, pour aboutir à la conclusion qu'il n'y aurait pas lieu d'interpréter en l'espèce les pouvoirs de l'IBPT à la lumière de l'article 7.3 de la directive.

Le fait que l'offre de référence du 13 août 2004 n'a pas été publiée par Belgacom trouve sa source dans le fait que l'IBPT s'y est opposé par ce qu'il considérait qu'une offre de référence ne pouvait être publiée que si elle avait été préalablement approuvée (lettre de l'IBPT du 14 décembre 2004 à Belgacom).

Or, cette conception est erronée et bouleverse sans nécessité les règles qui régissent le contrôle des offres de référence lesquelles sont publiées –ainsi que leurs modifications– sous la responsabilité de l'opérateur déclaré puissant, sous réserve bien entendu des modifications que le régulateur serait amené à imposer, avec effet rétroactif au jour où la modification a été introduite par l'organisme puissant. Elle a en outre pour effet déplorable sur le plan de la sécurité juridique, de provoquer comme en l'espèce l'adoption de décisions assorties de nombreuses réserves et décrites comme étant provisoires, sur lesquelles le régulateur revient après avoir procédé à des vérifications qui l'amènent à constater que les tarifs qu'il a lui-même fixés dans l'attente d'une décision définitive sont

excessifs et même 'exorbitants'.

Une telle conception ne peut donc fonder une limitation des pouvoirs de l'IBPT d'exiger les adaptations requises avec effet rétroactif, à partir de la date d'introduction de la modification telle qu'annoncée par l'opérateur puissant.

Contrairement à ce qu'indique la décision litigieuse, ce n'est donc pas le caractère annuel de l'offre de référence qui lui permet de donner effet aux adaptations qu'il exige avec effet rétroactif mais bien le fait que toute modification apportée par Belgacom à son offre de référence publiée ne vaut que pour autant que le régulateur ne requiert pas son adaptation.

35. L'obligation d'appliquer des tarifs orientés vers les coûts qui pèse sur Belgacom poursuit un objectif d'intérêt général puisqu'elle a été considérée par le législateur européen comme une condition indispensable pour l'introduction et le développement de la concurrence sur le marché des télécommunications.

En conséquence et dès lors que l'IBPT a constaté que les tarifs appliqués par Belgacom depuis le 1^{er} janvier 2005 – qui sont pour la plupart inférieurs aux tarifs que Belgacom entendait appliquer à partir du 1^{er} janvier 2005 suivant son offre de référence communiquée à l'Institut- , dépassaient sensiblement le niveau de tarifs orientés en fonction des coûts, l'IBPT n'avait pas à justifier autrement que par la référence à l'obligation d'orientation en fonction des coûts, la rétroactivité des effets de sa décision.

D. Sur le non respect – en ce qui concerne les «Customer-sited IC Links - des conditions préalables à l'imposition d'obligations ex ante

36. Les tarifs des Customer Sited IC-Links sont contrôlés par l'IBPT depuis 2003. L'Institut considère que dès lors que l'IC-Link constitue un élément indispensable à l'interconnexion, il est habilité à contrôler les tarifs de la fourniture par Belgacom de cet élément, nonobstant le fait que les opérateurs peuvent se procurer cet élément auprès d'autres entreprises (décision de l'IBPT du 12 décembre 2002 sur l'offre BRIO 2003).

Belgacom a toujours contesté la nécessité de ce contrôle et formulé à cet égard des réserves dans le texte des offres de référence soumises au contrôle de l'IBPT.

Avant 2003, la demande de « IC Links Customer-sited » était faible. La demande a augmenté depuis le second semestre 2003 ce qui correspond à l'époque où l'IBPT a fixé les tarifs de ces services.

37. La décision attaquée détermine les tarifs des « Customer-sited IC Links », c'est-à-dire les IC Links fournis et installés par Belgacom, opérateur déclaré puissant sur le marché de l'interconnexion sous l'ancien cadre réglementaire.

38. Dans sa décision du 16 mars 2005, l'IBPT reconnaît de manière expresse que la fourniture par Belgacom de l'interconnexion n'exige pas la fourniture et l'installation par Belgacom des éléments IC Links. Pour réaliser l'interconnexion, les opérateurs de réseau peuvent opter pour la solution « Belgacom-sited IC Links » plutôt que pour la solution « Customer-sited IC Links », en installant eux-mêmes l'équipement nécessaire à l'interconnexion ou en demandant à un tiers de leur fournir le lien (Décision attaquée, Note explicative pour Belgacom, point 2.2.4).

Les données relatives à l'évolution des volumes respectifs des Customer-sited IC Links et des Belgacom-sited IC Links depuis 2000 indiquent que ces deux solutions satisfont un même besoin, puisque les variations de volumes sont dues aux interventions de l'IBPT sur les tarifs des Customer-sited IC Links depuis 2003, une baisse de ces tarifs ayant entraîné une hausse de la demande des services de Belgacom, ce que l'IBPT reconnaît. Il ressort de la décision litigieuse que l'Institut considère lui-même qu'une (nouvelle) diminution sensible des tarifs des Customer-sited IC Links en 2005 risquerait de modifier fortement le rapport existant (en volumes) entre les uns et les autres, qu'il qualifie d'équilibre provisoire, raison pour laquelle l'IBPT a décidé – selon ses propres termes- de freiner la baisse tarifaire par rapport aux niveaux de 2004 qu'induirait l'application stricte du modèle de coûts utilisé pour les tarifs BRIO 2005, en appliquant un mark-up forfaitaire de 20%. Il s'agissait, selon l'IBPT, de donner au marché un signal clair quant à l'évolution future des tarifs.

Il n'est pas fait état, dans la décision attaquée, de situations ou de sites dans lesquels l'opérateur alternatif n'aurait pas d'autre choix que de se fournir en IC Links Customer-sited. L'IBPT évoque en termes de conclusions l'absence de choix dans certains cas, mais n'apporte aucune précision à ce sujet. Quoi qu'il en soit, les tarifs imposés par l'IBPT s'appliquent à l'ensemble des IC Links Customer sited et donc également à ceux pour lesquels il existe une alternative.

39. C'est à juste titre que Belgacom conteste que l'IBPT puisse, dans ces conditions, intervenir sur les tarifs des « Customer-sited IC Link », du moins dans les cas où la fourniture par Belgacom de ce service n'est pas nécessaire pour réaliser l'interconnexion avec les installations de Belgacom.

La qualité d'opérateur puissant sur le marché de l'interconnexion au sens de la directive 97/33/CE ne suffit pas, à elle seule, pour justifier une intervention de l'IBPT sur tous et chacun des services offerts par l'opérateur déclaré puissant.

Déjà sous l'ancien cadre réglementaire, une intervention du régulateur sur les conditions d'interconnexion et d'interopérabilité des services ne se justifiait que si elle avait pour objectif de favoriser le développement de marchés ouverts et compétitifs.

A contrario, l'intervention du régulateur ne se justifie pas pour les conditions tarifaires de fourniture de biens ou de services par l'opérateur déclaré puissant lorsque, comme en l'espèce, l'entrée sur le marché d'opérateurs efficaces et viables et le développement de la concurrence ne dépend pas de la fourniture desdits biens ou services par l'opérateur déclaré puissant et que celui-ci n'a pas la capacité d'influencer les conditions du marché concerné.

Dans un tel cas, comme l'indique Belgacom, l'imposition par le régulateur d'une baisse des tarifs peut même avoir pour effet de fausser les conditions de concurrence à long terme en modifiant les conditions de substitution entre des services équivalents, dans la mesure où elle entraîne une augmentation du taux de concentration de l'offre au profit de l'opérateur déclaré puissant dont la part de marché augmente et où elle décourage les opérateurs nouveaux entrants à accroître leur efficacité et à investir dans des ressources de substitution. Comme indiqué plus haut, la demande des « Customer Sited IC-Link » a augmenté depuis le second semestre 2003 suite à la baisse tarifaire imposée par l'IBPT, ce qui a entraîné une stagnation des « Belgacom Sited IC-Link », effet qui ne peut correspondre à l'objectif de la régulation et qui était connu au jour de la décision attaquée.

40. Dans la décision attaquée, l'IBPT n'expose pas les raisons précises pour lesquelles il s'estime habilité à intervenir sur les tarifs des IC-links fournis par Belgacom nonobstant l'existence d'alternatives économiques viables, autrement que par le rappel de l'obligation qui pèse sur Belgacom de respecter le principe d'orientation vers les coûts pour les redevances d'interconnexion, repris sous « Remarques introductives » (article 109^{ter}, § 4 de la loi du 21 mars 1991).

Cet argument ne convainc pas. En effet, si l'IBPT impose une baisse tarifaire sur le fondement de ce principe, et en application de la méthodologie de calcul des coûts qu'il applique pour l'ensemble des services (qui est également contestée par Belgacom), force est cependant de constater qu'il s'en écarte en acceptant d'appliquer une majoration forfaitaire ou 'mark-up', pour freiner la baisse des tarifs et donner au marché un signal clair sur les tarifs futurs.

Cette approche – qui n'a pas été suivie pour les ATAP pour lesquels il n'existe pas d'alternative- apparaît contradictoire puisque les dispositions réglementaires ne permettent pas à l'IBPT de tempérer le principe d'orientation vers les coûts lorsque celui-ci s'applique, sauf s'il existe des raisons objectives pour permettre un étalement dans le temps de l'ajustement des tarifs.

Elle révèle que l'IBPT lui-même n'est pas convaincu de la nécessité de son intervention et craint les effets pervers qu'elle peut entraîner, le « mark up » étant justifié selon les explications fournies par l'IBPT à la cour, par son souci de ne pas perturber la concurrence sur le marché de la fourniture des IC-Links et en particulier de ne pas contrarier la tendance des opérateurs à installer eux-mêmes le lien.

41. C'est à tort que l'IBPT tente de démontrer qu'il est habilité à contrôler si les tarifs proposés par Belgacom dans son offre de référence BRIO 2005 pour l'installation et l'utilisation des IC-Link respectent le principe de l'orientation en fonction des coûts en soulignant que l'installation et l'utilisation d'un IC-Link constitue une étape technique indispensable pour réaliser l'interconnexion. Le caractère indispensable d'un équipement ne suffit pas à fonder l'intervention du régulateur en présence d'un marché ouvert et rien n'indique que Belgacom aurait la capacité de fausser les conditions de concurrence sur ce marché en proposant des tarifs supérieurs aux coûts.

42. Contrairement à ce que l'IBPT soutient, l'appréciation de la mesure imposée par lui à la lumière des conditions réelles de marché ne revient pas à anticiper sur l'application du nouveau cadre réglementaire qui exige une analyse de la puissance de marché des opérateurs préalablement à tout maintien ou imposition d'obligations ex ante.

Aux termes de l'article 7 de la directive ONP et de l'article 109^{ter} de la loi du 21 mars 1991, l'imposition par l'IBPT de modifications de l'offre de référence d'interconnexion doit être justifiée. La prise en compte de l'environnement économique et commercial par l'ARN pour justifier ses interventions a par ailleurs toujours été admise. Elle n'est pas propre au nouveau cadre réglementaire.

L'opérateur déclaré puissant est donc recevable à contester une décision de lui imposer une modification de son offre de référence dont la nécessité n'est pas démontrée.

43. L'IBPT indique encore que la hausse de la demande de Customer sited IC Link depuis l'époque où leurs tarifs sont contrôlés par l'Institut tend à indiquer que les prix pratiqués par Belgacom avant l'intervention de l'Institut étaient trop élevés par rapport au prix du marché. Cette évolution démontrerait que son intervention se justifiait en ce qu'elle a eu pour effet que les concurrents ont pu se procurer les services aux meilleures conditions possibles.

Cet argument doit être rejeté car il n'appartient pas à l'IBPT de protéger les concurrents de Belgacom en interférant sur les conditions d'un marché ouvert à la concurrence. Par ailleurs, on n'aperçoit pas comment une pratique de prix excessifs par Belgacom pour des services déterminés pourrait entraîner une distorsion de la concurrence dans un marché où plusieurs acteurs font face à la demande, sauf à démontrer que les différents offreurs adaptent leurs prix en fonction de celui de Belgacom.

Or, l'IBPT ne produit aucun élément démontrant que la structure du marché présente des conditions favorables à ce type de comportements. En effet, l'IBPT ne conteste pas le caractère concurrentiel du marché.

44. Il découle de ce qui précède que le recours de Belgacom est fondé en ce que la décision litigieuse impose à Belgacom de modifier à la baisse les tarifs des Customer-sited IC Links.

E. Sur le grief de violation du principe d'orientation sur les coûts

1. Les choix opérés dans la décision litigieuse du 16 mars 2005

45. Le modèle général de calcul des coûts de type top down choisi par l'IBPT en ce qui concerne les services repris dans l'offre BRIO 2005 prend en considération pour le calcul du coût unitaire et la détermination des tarifs 2005 :

- les coûts totaux « budget 2004 » ;
- les clés d'allocation des coûts dérivées du modèle 2003 qui sont

- en partie basées sur les volumes 2003 ;
- les projections pour 2004 en ce qui concerne les volumes (volumes outlook 2004);

Dans la décision attaquée, l'Institut expose que le choix de ce modèle répond au souci de l'Institut de se baser sur la situation la plus proche de celle de l'année pendant laquelle les tarifs doivent s'appliquer (approche forward looking).

Au cours de la procédure administrative, Belgacom a critiqué cette méthode et invité l'IBPT à utiliser les volumes « actuals » 2003 pour le calcul des coûts unitaires des ATAP (comme des IC Links), à savoir les volumes réels de l'année 2003. Belgacom considérait qu'une discordance entre l'année des clés d'allocation pour le calcul des coûts totaux et l'année des volumes pour le calcul du coût unitaire ne pouvait se justifier lorsque les coûts des services sont majoritairement sensibles aux volumes et que les volumes sont orientés à la hausse.

L'IBPT a reconnu dans la décision attaquée que l'utilisation des volumes « outlook » conduit à une sous évaluation des coûts unitaires que Belgacom devrait vraisemblablement supporter en 2005 pour les services dont les coûts sont pour la plupart influencés par les variations de volume, dans l'hypothèse où les volumes réels 2003 – pris en compte pour la répartition des coûts – sont inférieurs aux volumes « outlook » 2004, ou inférieurs aux volumes « actuals » 2004, connus au jour de la décision litigieuse.

L'Institut a toutefois refusé de se baser sur les volumes « actuals » 2003 pour déterminer les tarifs des ATAP et des IC- Link, estimant qu'il devait assurer une cohérence globale de la méthodologie et qu'il n'y avait donc pas lieu de déroger – pour les seuls ATAP et les IC Links- à la méthode choisie pour la détermination des tarifs de l'ensemble des services repris dans l'offre d'interconnexion. Il a par ailleurs indiqué que *« l'utilisation « à la carte » de volumes outlook ou actuals pourrait conduire à une récupération excessive pour Belgacom par rapport aux coûts réellement supportés. »*

S'agissant des Customer Sited IC-Link, il a toutefois appliqué un « mark up » de 20%, notamment pour compenser la sous-évaluation des coûts unitaires qui résulte de la répartition des coûts totaux (budget 2004) selon les clés de répartition issue du modèle 2003 basées sur des volumes inférieurs. S'agissant des ATAP, aucun mark up n'a été appliqué.

46. En ce qui concerne le coût des IC Links, l'IBPT admet - comme pour les années antérieures -, qu'une différence de tarif se justifie entre les IC Links se terminant sur un LAP et les IC Links se terminant sur un AAP mais décide néanmoins de maintenir la

méthodologie BRIO 2004 qui consiste à calculer un tarif moyen « AAP et LAP », pour ensuite ajouter un mark up pour les IC Links se terminant sur un LAP censé refléter les différences de coûts. Il fixe ce mark up à 30%, au motif que la majoration de 50% proposée par Belgacom et acceptée par l'IBPT pour les tarifs 2004, ne semble pas justifiée. La décision entraîne donc une réduction sensible des tarifs des LAP CS IC links.

47. S'agissant de la redevance d'installation pour l'ATAP, l'IBPT la fixe d'office à un montant de 348, 55 €, soit un montant très nettement supérieur à celui proposé par Belgacom dans son offre de référence communiquée (150,88 €) mais inférieur au montant fixé par sa décision du 23 décembre 2004 (465,70 €). Ce résultat est la conséquence d'une modification dans l'affectation des coûts OPEX sur l'indemnité d'installation et l'indemnité mensuelle d'utilisation (ou de location), comme indiqué dans la décision du 23 décembre 2004, ainsi que de l'application de nouvelles clés de répartition communiquées par Belgacom (document du 3.3.2005).

En ce qui concerne les redevances mensuelles des ATAP (qui avaient déjà été réduites par la décision du 23 décembre 2004 suite à l'allocation plus limitée des coûts OPEX à la redevance de location), l'IBPT admet qu'il existe une différence de coûts entre les ATAP locaux (LAP) et zonaux (AAP), mais rejette la proposition de Belgacom de différencier les tarifs des redevances annuelles pour les différents points d'accès pour des motifs similaires à ceux repris dans sa décision du 23 décembre 2004. Il indique dans sa décision du 16 mars 2005 que la quantification de la différence n'a pas été possible dans le cadre du BRIO 2005 et que les informations disponibles ne sont pas suffisamment stables en raison notamment des variations de volumes LAP/AAP.

En outre, l'IBPT s'oppose aux augmentations des tarifs en ce qui concerne les points d'accès locaux liés aux volumes de trafic généré par certains opérateurs interconnectés, qui provoquent des investissements supplémentaires au motif que les coûts avancés par Belgacom ne sont pas comme tels acceptables.

2. Conclusions des parties

48. A l'appui de son recours, Belgacom dénonce, en substance, un manque d'objectivité et de rigueur de l'IBPT dans l'exercice de son pouvoir de contrôler si les tarifs sont orientés en fonction des coûts et d'imposer les modifications qui se justifient. Les modifications imposées par l'IBPT reposeraient sur des erreurs manifestes dans le choix de la méthode de calcul des coûts.

En premier lieu, Belgacom reproche à l'IBPT d'avoir fixé les tarifs

BRIO 2005, tant pour les IC Links que pour les ATAP, sur la base d'une méthode d'évaluation des coûts qui serait arbitraire et inadéquate vu les importantes variations de volumes entre l'année prise en considération pour déterminer les clés d'allocation des coûts (« actuals » année X) et l'année prise en considération pour l'évaluation prévisionnelle des volumes et des coûts (Budget/outlook année X+1).

Elle indique que le caractère arbitraire de la méthode de fixation des tarifs apparaît clairement du fait que l'IBPT applique une majoration forfaitaire de 20 % pour les IC Links de manière à compenser la sous-estimation des coûts unitaires qui résulte de la méthode choisie.

Elle rejette l'argument de l'IBPT selon lequel il serait inadéquat d'appliquer pour les services IC Link et ATAP une méthode qui s'écarterait de la méthode générale « outlook » adoptée pour l'appréciation des tarifs des éléments BRIO et expose à cet égard que la règle de cohérence invoquée par l'IBPT conduit à traiter de manière identique des situations très différentes en ce qu'une même méthode est appliquée à des services qui ne sont pas sujets à des variations sensibles de volumes et à des services pour lesquels il est impossible de considérer que les données relatives à l'allocation des coûts prises en compte soient représentatives des coûts prévisionnels compte tenu des importantes variations de volumes.

Elle dénonce en second lieu le caractère arbitraire de la réduction de 20% de la « marge » pour les IC Links ATAP qui n'est en rien motivée par de nouveaux éléments par rapport au BRIO 2004.

Elle critique enfin le refus de l'IBPT de prendre en compte une différence de coûts entre les ATAP locaux et zonaux alors que l'IBPT accepte un différentiel pour les IC Links LAP et AAP et applique pour les IC Links LAP une majoration. Elle souligne que l'IBPT n'expose pas pourquoi il accepte de tenir compte d'une différence de coûts pour fixer les tarifs des IC Links, tandis qu'il le refuse en ce qui concerne les ATAP bien que dans un cas comme dans l'autre, la différence de coûts ne puisse être calculée avec précision.

49. Dans sa réplique, l'IBPT rappelle tout d'abord qu'il appartient à Belgacom de démontrer que les redevances d'interconnexion respectent le principe d'orientation des tarifs en fonction des coûts et considère que Belgacom reste en défaut de rapporter cette preuve.

L'institut souligne qu'il dispose d'une large marge d'appréciation dans l'exercice de sa mission que la cour doit respecter, et observe

à cet égard que *'la détermination des tarifs sur le marché des télécommunications ne constitue pas une science exacte'*. Il considère que Belgacom ne rapporte pas la preuve d'erreurs manifestes d'appréciation.

Quant aux choix critiqués par Belgacom, l'Institut renvoie à la motivation de la décision litigieuse.

Il fait en outre valoir que l'attitude de Belgacom doit être désapprouvée en son principe en ce qu'elle consiste à critiquer la méthode « outlook » lorsqu'elle aboutit à des résultats qui lui sont défavorables et à l'accepter dans les cas où elle aboutit à des résultats qui lui sont favorables.

L'Institut rejette l'argument selon lequel il appliquerait de manière aveugle une méthode inadéquate pour certains éléments de l'offre et il en veut pour preuve sa décision d'appliquer un « mark-up » pour les IC Links pour tenir précisément compte des variations de volumes et freiner la baisse induite par la méthode outlook.

En ce qui concerne la réduction de la marge de 50% à 30 % pour les CS-IC Links, l'Institut précise que la majoration a pour objectif *'d'éviter que l'augmentation des tarifs ne soit trop importante l'année suivante, ce qui pourrait conduire à déstabiliser le marché'*. Il en déduit que toute majoration par rapport aux résultats obtenus en application de la méthode d'analyse des coûts est à l'avantage de Belgacom qui ne serait donc pas recevable à se plaindre d'une réduction de la majoration de 20% par rapport au BRIO 2004.

L'Institut indique que faute d'informations fiables pour déterminer le différentiel tarifaire, le niveau de la majoration est nécessairement forfaitaire. Dès lors qu'il n'existe pas de données objectives pour fixer le mark up - point sur lequel les parties s'accordent-, l'Institut n'aperçoit pas sur quelle base sa décision de le fixer à 30 % pour l'année 2005 – au lieu de 50 % pour l'année 2004- serait contestable.

S'agissant de son refus de tenir compte d'une différence de coûts entre les ATAP locaux et zonaux, l'Institut confirme qu'il ne disposait pas d'éléments permettant de la quantifier, mais ajoute qu'il aurait disposé d'éléments suffisants pour quantifier forfaitairement la différence de coûts en ce qui concerne les IC-Links.

3. Appréciation de la cour

50. La directive ONP impose aux ARN de veiller à ce que les opérateurs puissants sur le marché déterminent les prix en fonction des coûts – ce qui implique une vérification des mécanismes de

comptabilisation des coûts à la lumière du principe de transparence.

Dans l'exercice de cette mission, elles disposent d'une large marge d'appréciation notamment pour choisir et appliquer la méthode de calcul des coûts relevant de l'opérateur notifié qu'elles considèrent la plus apte à promouvoir la concurrence et à assurer une rémunération raisonnable pour l'opérateur notifié conformément à l'article 7 paragraphe 2 de la directive 97/33.

Il y a donc lieu de vérifier si cette marge d'appréciation a été dépassée en l'espèce.

51. Les dispositions applicables ne s'opposent pas à ce que l'IBPT utilise des modèles de coûts pour vérifier si les prix proposés par les opérateurs tenus de publier une offre de référence sont trop élevés par rapport à la structure des coûts de ces opérateurs.

Cependant, en l'espèce, c'est à bon droit que Belgacom fait valoir que l'IBPT a utilisé un modèle de coûts inapproprié pour des services dont les coûts varient sensiblement en fonction des volumes puisqu'il reconnaît lui-même, en appliquant une majoration de type forfaitaire, que les valeurs de référence ne sont pas fiables en ce qu'il existe une discordance entre l'année prise en considération pour les volumes et les coûts d'une part, et l'année prise en considération pour les clés de répartition des coûts d'autre part.

En se bornant à indiquer que l'application du modèle outlook s'impose pour des raisons de « cohérence », l'IBPT commet une erreur manifeste d'appréciation. En effet, la discussion entre le modèle « outlook » et le modèle « actuals » est sans grand intérêt lorsque les volumes sont stables en sorte que le reproche fait à Belgacom de défendre au cas par cas le modèle qui aboutit aux résultats qui lui sont les plus favorables n'est pas fondé.

En revanche, le choix de la méthode n'est pas sans incidence dans les cas où l'opérateur doit établir des tarifs sur la base de coûts et de volumes prévisionnels, et met à la disposition du régulateur les justificatifs relatifs au caractère inadéquat des clés de répartition utilisées qui reposent sur des volumes nettement inférieurs aux volumes prévisionnels.

52. Comme l'indique Belgacom, le traitement différencié que l'IBPT a réservé à deux services dont les coûts sont majoritairement liés aux volumes, en appliquant dans un cas une majoration (mark up) pour tenir compte de la sous-estimation des

coûts à laquelle l'application du modèle outlook aboutit et en refusant toute majoration dans un autre, apparaît arbitraire.

Le souci de l'IBPT – en ce qui concerne les Customer Sited IC Links- d'anticiper sur des évolutions futures des prix, en autorisant Belgacom à appliquer un tarif supérieur à celui qui résulte du modèle retenu- ne permet nullement de comprendre la différence d'approche.

53. L'IBPT est autorisé à exiger une adaptation des tarifs proposés lorsque ceux-ci ne sont pas liés aux coûts. C'est à juste titre que l'IBPT rappelle qu'aux termes de l'article 7, paragraphe 2 de la directive 97/33, la charge de la preuve que les redevances sont déterminées en fonction des coûts réels, y compris un rendement raisonnable des investissements, incombe à l'organisme qui fournit l'interconnexion avec ses installations et que les ARN peuvent demander à un organisme de justifier intégralement ses redevances d'interconnexion et, si nécessaire, en exiger l'adaptation.

Cependant, comme l'a indiqué l'avocat général M.M. Polares Maduro dans ses conclusions dans l'affaire C-55/06, il n'est pas acceptable que toute demande d'autorisation de tarifs doive être refusée lorsqu'elle ne serait pas justifiée à cent pour cent par des justificatifs des coûts de l'opérateur notifié. La règle relative à la charge de la preuve doit en effet être appliquée de manière raisonnable.

En l'espèce, l'IBPT reconnaît qu'il existe une différence de coûts entre les ATAP locaux et zonaux mais refuse la proposition de Belgacom de différencier les tarifs au motif que la différence n'avait pu être quantifiée de manière exacte malgré les informations demandées et obtenues.

Ce faisant, l'IBPT a excédé les limites de son pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence en imposant à Belgacom le maintien d'un tarif uniforme.

En effet, il n'est pas allégué qu'il n'aurait pas disposé de justificatifs relatifs à l'existence d'une différence de coûts. Seule la difficulté d'apprécier de manière exacte cette différence de coûts est alléguée- notamment en raison du caractère instable des données- sans qu'aucune négligence ne soit reprochée à Belgacom qui serait à l'origine de cette difficulté.

Or les difficultés auxquelles l'IBPT doit faire face dans l'exercice de sa mission difficile de contrôler si les tarifs sont orientés vers les coûts, ne sauraient fonder le rejet d'une proposition tarifaire.

Le fait qu'il existe un doute sur la hauteur du différentiel proposé au regard des justificatifs sur les éléments de dépenses liés aux différents types d'ATAP ne peut fonder à lui seul le rejet d'une proposition tarifaire. Compte tenu de la possibilité de faire rétroagir les modifications requises, il revient dans un tel cas à l'ARN de poursuivre ses vérifications et investigations notamment sur la manière dont les données comptables relatives aux coûts ont été saisies par l'opérateur et en exigeant de celui-ci le respect du principe de transparence.

En outre, le maintien d'un tarif uniforme alors qu'il est reconnu que les coûts liés aux différents types d'ATAP ne sont pas les mêmes n'est pas de nature à encourager un système d'imputation des coûts conforme au principe d'origine des coûts.

54. Il convient également de rappeler qu'il importe que les règles en matière d'évaluation de coûts et de tarification soient transparentes et fondées sur des critères objectifs.

En l'espèce, certaines composantes du calcul du coût des services ont été calculées de manière forfaitaire et imprécise, par application de « mark up » dont la hauteur n'est pas justifiée autrement que par des considérations vagues sur le caractère excessif des majorations antérieures. Cette approche est contraire à l'obligation d'effectuer un calcul spécifique ou à défaut de pouvoir effectuer un tel calcul, à l'obligation d'utiliser des méthodes pouvant révéler le caractère excessif des tarifs de l'offre de référence, telles que des méthodes consistant à appliquer des modèles théoriques de coûts de type bottom up ou à effectuer des comparaisons avec les tarifs appliqués pour les mêmes services par d'autres organismes puissants.

Des évaluations de type forfaitaire et imprécises quant aux critères utilisés pour en fixer la hauteur ou quant à l'objectif poursuivi, laissent l'opérateur dans l'impossibilité de connaître les raisons précises des modifications imposées et ne permettent pas à la cour d'exercer son contrôle.

Elles sont en outre de nature à mettre en cause la fiabilité de l'ensemble des résultats obtenus par l'application d'un modèle d'évaluation des coûts dans la mesure où des corrections de type forfaitaire au cas par cas pour une catégorie de produits ou des services ne sont pas sans incidence sur l'évaluation des coûts d'autres catégories de produits ou services. Une telle approche ne semble pas correspondre au souci de préserver l'intégrité et la cohérence des données sur la base desquelles l'estimation des coûts et leur répartition doivent se faire.

55. Il résulte de ce qui précède que les griefs sont fondés.

F. Sur les effets de la décision d'annulation

56. Belgacom soutient qu'en cas d'annulation de la décision attaquée, il y aurait lieu de considérer qu'en ce qui concerne les tarifs des services IC-Link et ATAB, seule subsisterait son offre BRIO publiée le 30 décembre 2004 qui est conforme à la décision de l'IBPT du 23 décembre 2004. Elle invite donc la cour « à confirmer l'offre BRIO 2005 telle que publiée au 30 décembre 2004 en ce qu'elle concerne tant les tarifs des Customer-sited IC Links que les tarifs des ATAP ».

57. L'IBPT rétorque que la cour n'a pas à prendre position sur les effets d'un arrêt d'annulation et qu'il appartient au contraire aux parties de tirer les conséquences d'un tel arrêt.

Il s'oppose à ce que la cour confirme « les tarifs proposés par Belgacom » ou encore l'offre BRIO 2005 telle que publiée le 30 décembre 2004, en indiquant que ceci reviendrait à confirmer des tarifs non contrôlés ou contrôlés partiellement par l'IBPT.

58. Il appartient à l'IBPT de tirer les conséquences d'un arrêt d'annulation qui produit un effet ex tunc, en prenant les mesures qu'implique l'exécution de l'arrêt, puisqu'à défaut d'adopter de telles mesures, le recours ne serait pas efficace.

Comme l'IBPT l'indique, il ne revient toutefois pas à la cour de dicter les mesures à prendre.

La cour n'est par ailleurs pas saisie dans le cadre du présent litige de la question de savoir si les tarifs proposés par Belgacom dans son offre de référence communiquée le 13 août 2004 pouvaient être considérés comme orientés sur les coûts.

C'est cependant à tort que l'IBPT soutient que la cour n'a pas à statuer sur le point de savoir si l'annulation de la décision du 16 mars 2005 a pour effet de réintroduire, dans l'ordre juridique, la décision du 23 décembre 2004. Cette question est soulevée dans la présente affaire, les parties ont eu l'occasion de conclure à ce sujet et il n'existe pas de motifs de ne pas la trancher.

59. Comme indiqué plus haut, L'IBPT a attaché aux mesures qu'il adoptait le 23 décembre 2004 le caractère de mesures intermédiaires et provisoires.

Cette décision a par ailleurs été annulée par l'IBPT par l'adoption de la décision litigieuse qui a le même objet.

Le remplacement par l'IBPT d'une décision antérieure opérée de façon à ce que tout effet lui soit enlevée, revient à une rétractation de cette décision et équivaut à une annulation.

Or, cette rétractation ne fait pas l'objet du recours en tant que telle et aucune demande tendant à ce que cette décision soit annulée n'a été formulée fut ce implicitement.

L'annulation de la décision litigieuse en ce qu'elle détermine la tarification des IC-links et des ATAP pour l'année 2005 n'a donc pas pour effet l'annulation de la décision litigieuse en ce qu'elle remplace une décision antérieure.

Dès lors, le présent arrêt n'a pas pour effet de réintroduire de plein droit dans l'ordre juridique la décision rétractée par l'IBPT qui est relative aux tarifs des mêmes services pour la même période. Il en est d'autant moins ainsi que l'IBPT considère que la décision du 23 décembre 2004 est illégale. Ceci résulte du fait qu'il est revenu sur cette décision au motif que les tarifs en vigueur étaient excessifs. Dans ses conclusions devant la cour, l'IBPT indique de manière explicite que les tarifs qu'il a imposés par sa décision du 23 décembre 2004 sont excessifs.

Cette décision ayant disparu, Belgacom ne peut s'en prévaloir à l'égard de tiers ni l'IBPT à l'égard de Belgacom.

Pour l'ensemble de ces motifs, la demande de Belgacom qui tend à ce que soit l'offre BRIO publiée fin décembre 2004 soit 'confirmée' n'est pas fondée.

G. Sur les dépens.

60. La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des honoraires et frais d'avocat dispose en son article 13 que ses dispositions sont applicables aux affaires en cours le premier janvier 2008.

Une affaire étant en cours aussi longtemps qu'une décision définitive au sens de l'article 19 du code judiciaire n'est pas intervenue, il y a lieu d'appliquer les nouvelles dispositions dans le cas d'espèce (cfr. J.Fr. Van Drooghenbroeck & B. De Coninck, La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat, J.T. 2008, n° 88 et s.).

Les parties n'ont en effet pas déclaré en ce qui concerne la taxation des dépens qu'elles optaient pour l'application des règles en vigueur au moment où l'affaire a été prise en délibéré.

En conséquence il y a lieu de taxer les indemnités de procédure comme indiqué ci-après.

61. S'agissant d'un litige dont le montant n'est pas évaluable en argent, le montant de base de l'indemnité de procédure s'élève à 1.200 euros en vertu de l'article 3 de l'arrêté royal du 26 octobre 2007, pris en exécution de la dite loi du 21 avril 2007.

Les parties n'ayant pas demandé d'augmenter ou de réduire le montant de base de l'indemnité de procédure, il y a lieu de fixer celle-ci à 1.200 euros.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement;

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire;

Reçoit le recours et le dit fondé comme suit,

Annule la décision attaquée du 16 mars 2005 du conseil de l'IBPT en ce qu'elle impose à Belgacom de modifier rétroactivement, à dater du 1^{er} janvier 2005, les tarifs des 'Customer sited IC-links et des 'ATAP' prévus dans l'offre BRIO 2005.

Déboute la requérante de sa demande pour le surplus.


Condamne l'IBPT au paiement à la requérante d'une indemnité de procédure de 1.200 euros.

Condamne la défenderesse aux autres dépens de l'instance taxés à 186 euros pour la requérante.

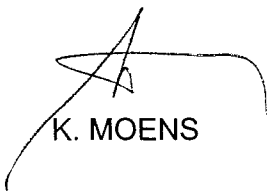
Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la **Chambre 18** de la Cour d'appel de Bruxelles, le **9 MAI 2008**

Où étaient présents :

Monsieur P. BLONDEEL, Président
Madame C. SCHURMANS, Conseiller
Monsieur K. MOENS, Conseiller
Madame L. NAESSENS, Greffier-adjoint principal



L. NAESSENS



K. MOENS



C. SCHURMANS



P. BLONDEEL