

Cour d'appel de Bruxelles

Greffe civil & fiscal - service des requêtes d'appel (étage 01)

Palais de Justice, Place Poelaert, 1000 Bruxelles

☎ 02 508 66 67

☎ 02 519 84 25

☎ 02 519 81 72

Notification – art. 1056 C.J.

2017/AR/873, Chambre 19A, 07 juin 2017 09:00

I.B.P.T.

Boulevard du Roi Albert II 35
1030 BRUXELLES

—
votre référence/avocat
Me

notre référence 2017/AR/873
en cause de : BPOST S.A./I.B.P.T.

Bruxelles
29 mai 2017

annexe
1

Madame, Monsieur,
Maître,

J'ai l'honneur de vous notifier ci-joint la requête, déposée au greffe de la Cour de ce siège.

Recevez, Madame, Monsieur, Maître, l'assurance de ma considération distinguée.

A. DE CLERCK
Greffier

Déposé au greffe de la
Cour d'Appel de Bruxelles
le 26-05-2017

Le greffier

Cour d'appel de Bruxelles
Section Cour des Marchés
19^e Chambre A
Rôle n° 2017/AR/ 873

VERSION NON-CONFIDENTIELLE

Coordonnées des avocats :

ydesmedt@jonesday.com, 02/645.15.23

kstas@jonesday.com, 02/645.14.64

Code nature de l'affaire : I.1.a (IBPT)

**REQUÊTE EN ANNULATION VISÉE À L'ARTICLE 2 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**

POUR :

La société anonyme bpost, dont le siège social est établi à 1000
Bruxelles, Centre Monnaie, inscrite à la Banque Carrefour des
Entreprises sous le numéro 0214.596.464,

Ci-après « **bpost** »,

Représentée et assistée par M^{es} Yvan DESMEDT et Karl STAS, avocats
au Barreau de Bruxelles, dont le cabinet est sis à 1000 Bruxelles, rue de
la Régence 4,

PARTIE REQUÉRANTE EN APPEL ;

CONTRE :

L'Institut belge des services postaux et des télécommunications,
ayant son siège à 1030 Bruxelles, Boulevard du Roi Albert II 35,

Ci-après « **l'IBPT** »,

PARTIE ADVERSE ;

Visant l'annulation de :

la décision du Conseil de l'IBPT du 21 mars 2017 concernant l'analyse
de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour
l'année 2017.

TABLE DES MATIÈRES

1. OBJET DU RECOURS	3
2. EN FAIT	3
2.1 PRÉSENTATION DE LA REQUÉRANTE.....	3
2.2 FAITS ET ANTÉCÉDENTS DE LA CAUSE.....	3
(A) <i>Contexte réglementaire général relatif au service universel et au contrôle des prix des services appartenant au « panier des petits utilisateurs »</i>	3
(B) <i>Modification tarifaire pour l'année calendrier 2017</i>	4
2.3 CONTEXTE ÉCONOMIQUE DE LA DEMANDE D'AUGMENTATION TARIFAIRE DE BPOST.....	6
3. EN DROIT	7
3.1 INTÉRÊT À AGIR DE LA REQUÉRANTE.....	7
3.2 PREMIER MOYEN D'ANNULATION : EXCÈS DE POUVOIR – VIOLATION DES ARTICLES 33, 37, 101 ET 106 ET 108 DE LA CONSTITUTION ET DU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS.....	8
3.3 DEUXIÈME MOYEN D'ANNULATION : VIOLATION DE L'ARTICLE 144TER, §2, 2 ^E ALINÉA DE LA LOI DE 1991, DÉFAUT DE COMPÉTENCE POUR ADOPTER LA DÉCISION ET/OU DÉPASSEMENT DU DÉLAI RAISONNABLE.....	13
3.4 TROISIÈME MOYEN D'ANNULATION : VIOLATION DES PRINCIPES DE BONNE ADMINISTRATION EN CE QUI CONCERNE LA PROCÉDURE D'ÉLABORATION ET D'ADOPTION DE LA DÉCISION.....	15
(A) <i>Première branche : Violation du devoir de prudence dans la préparation de la décision</i>	16
(B) <i>Deuxième branche : Violation du devoir de prudence dans la procédure d'adoption de la décision et de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges</i>	18
3.5 QUATRIÈME MOYEN D'ANNULATION : VIOLATION DE L'ARTICLE 12, DE LA DIRECTIVE POSTALE ET/OU DE L'ARTICLE 144TER DE LA LOI DE 1991.....	22
(A) <i>Incohérence avec le contexte et avec les objectifs de la législation postale</i>	22
(B) <i>Interprétation contraire aux objectifs du cadre réglementaire du secteur postal</i>	24
(C) <i>En ordre subsidiaire : la notion de « prix excessif » ne peut être interprétée autrement qu'en droit de la concurrence</i>	30
3.6 CINQUIÈME MOYEN D'ANNULATION : VIOLATION DU DROIT À LA SÉCURITÉ JURIDIQUE.....	33
3.7 SIXIÈME MOYEN D'ANNULATION : DÉFAUT DE MOTIVATION MATÉRIELLE (ERREUR MANIFESTE D'APPRÉCIATION) ET/OU FORMELLE.....	35
(A) <i>Défaut de motivation matérielle (erreur manifeste d'appréciation)</i>	36
(B) <i>Défaut de motivation formelle</i>	40
3.8 SEPTIÈME MOYEN D'ANNULATION : VIOLATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ ET DU RAISONNABLE.....	40

1. OBJET DU RECOURS

- 1 Le présent recours tend à obtenir l'annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 21 mars 2017 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017 (ci-après « **la décision contestée** »),¹ communiquée à bpost le 29 mars 2017 par courrier électronique et le 31 mars 2017 par lettre recommandée avec accusé de réception.

2. EN FAIT

2.1 Présentation de la requérante

- 2 bpost est une entreprise publique autonome dont l'État belge détient une participation majoritaire (à savoir, 51 %). Elle est actuellement cotée sur le marché Euronext Bruxelles.
- 3 En vertu de l'article 144^{octies} de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (ci-après « **Loi de 1991** »), bpost est chargée d'assurer le service universel postal². bpost preste également des missions de service public qui s'inscrivent dans le cadre d'un contrat de gestion conclu avec l'État belge.

2.2 Faits et antécédents de la cause

(A) Contexte réglementaire général relatif au service universel et au contrôle des prix des services appartenant au « panier des petits utilisateurs »

- 4 Depuis l'entrée en vigueur, le 31 décembre 2010, de la loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, l'IBPT est compétent pour le contrôle *ex ante* des prix d'un ensemble de services postaux universels fréquemment utilisés par les petits utilisateurs, dit « le panier des petits utilisateurs ». Auparavant, la législation prévoyait uniquement un contrôle *a posteriori* des tarifs des services faisant partie du service universel postal.³
- 5 Le « panier des petits utilisateurs » est défini par l'article 144^{ter}, §1^{er} de la même loi comme un ensemble de services (au sein des services faisant partie du service universel postal) représentatifs pour le particulier et le petit utilisateur professionnel. Il s'agit notamment des services soumis aux tarifs unitaires suivants : les envois domestiques prioritaires et non prioritaires dont le poids est inférieur à 2 kg ; le courrier transfrontière sortant prioritaire et non prioritaire dont le poids est égal à 2 kg ; les colis postaux domestiques et transfrontières sortants jusqu'à 10 kg ; et les envois recommandés et les envois à valeur déclarée domestiques et transfrontières sortants. En somme, il s'agit des tarifs pleins à l'unité des services faisant partie du service universel (services de courrier et services de colis).
- 6 Pour cette vérification *ex ante*, le législateur a prévu une procédure en vertu de laquelle bpost, en tant que prestataire du service universel (« PSU ») postal,⁴ doit préalablement notifier à l'IBPT toute augmentation tarifaire annuelle avec, en support, les documents relatifs au calcul du prix de revient.

¹ Pièce 1.

² Le service universel consiste actuellement en la levée, le tri et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kg ; la levée, le tri et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kg ; la distribution de colis postaux reçus d'autres États membres de l'Union européenne pesant jusqu'à 20 kg ; ainsi que les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée ; le tout tant en ce qui concerne le service national que le service transfrontière (article 142 de la Loi de 1991).

³ Voir l'exposé des motifs de la loi du 13 décembre 2010, *Doc. parl.* (Chambre) 2010, n° 53-0202/001 et 53-0203/001, p. 20 : « *Ce contrôle des prix se fait ex ante, tandis que la législation actuelle imposait encore un contrôle a posteriori* ».

⁴ bpost a été désignée comme prestataire du service universel postal en vertu de l'article 144^{octies} de la Loi de 1991.

Cette notification doit se faire au plus tard au 1^{er} septembre de l'année n-1, en vue de l'approbation de l'augmentation des tarifs pour l'année suivante. L'IBPT dispose alors d'un mois à partir du jour de la réception d'un dossier complet pour prendre une décision sur la hausse tarifaire proposée. Cette procédure a été appliquée pour la première fois en 2011 (pour la proposition tarifaire 2012) et une pratique constante a suivi les années successives⁵.

- 7 Pour le contrôle tarifaire, le législateur a fixé un certain nombre de principes que bpost est tenu de respecter à savoir : les tarifs doivent être abordables, orientés sur les coûts, uniformes sur toute l'étendue du territoire national, transparents et non discriminatoires.
- 8 Pour certains de ces principes, et en particulier l'obligation d'appliquer des tarifs abordables, des modalités d'application concrètes ont été fixées par arrêté royal. Ainsi, l'article 31 de l'arrêté royal du 11 janvier 2006 mettant en application le titre IV (Réforme de la Régie des postes) de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (ci-après « **AR du 11 janvier 2006** ») a fixé, en exécution de l'article 144ter, §1, 1^o de la Loi de 1991, une formule de « price cap » imposant un plafond tarifaire.⁶
- 9 Les autres principes, et notamment le principe d'orientation sur les coûts, n'ont pas été élaborés de manière plus détaillée par arrêté exécutif.

(B) Modification tarifaire pour l'année calendrier 2017

- 10 Le 29 août 2016, bpost a introduit auprès de l'IBPT une demande d'augmentation des tarifs pour les produits appartenant au « panier des petits utilisateurs » à partir du 1^{er} janvier 2017. Le dossier introduit par bpost avait la même composition que les dossiers sur la base desquels l'IBPT a approuvé les augmentations tarifaires des années précédentes. Néanmoins, au cours de septembre 2016, l'IBPT a demandé à bpost de fournir un certain nombre de données supplémentaires. bpost a fourni ces données promptement et correctement.
- 11 Le 7 octobre 2016, soit plus d'un mois après l'introduction de la demande, bpost a reçu de l'IBPT un courrier électronique contenant un projet de décision du Conseil de l'IBPT concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017 (ci-après le « **premier projet de décision** »). Dans ce projet de décision, l'IBPT constatait que l'augmentation tarifaire demandée reste loin au-dessous du maximum autorisé par le « price cap ». En effet, bpost avait demandé une augmentation de ■■■ % en moyenne, alors que l'augmentation maximale autorisée par le « price cap » s'élève à ■■■ %⁷. Néanmoins, l'IBPT concluait au refus l'augmentation tarifaire demandée, considérant (à tort selon bpost) que les tarifs proposés n'étaient pas conformes au principe de l'orientation sur les coûts prévu à l'article 144ter, §1, 2^o de la Loi de 1991.
- 12 En annexe du projet de décision se trouvait une « note méthodologique » rédigée par un consultant économique, WIK Consult, exposant une toute nouvelle méthodologie visant à appliquer le principe d'orientation sur les coûts comme un (deuxième) plafond tarifaire, complémentaire au plafond fixé par le « price cap ». Cette méthodologie avait été développée par WIK à la demande de l'IBPT en se basant uniquement sur la disposition législative susmentionnée, qui ne précise donc pas le contenu du principe d'orientation sur les coûts. Ce nouveau cadre réglementaire envisagé par le projet de décision et son annexe avaient été élaborés sans la moindre implication de bpost et sans même que bpost ait

⁵ *A posteriori* en ce qui concerne les propositions tarifaires pour les années 2009-2011 et *ex ante* à partir de l'année 2012.

⁶ En fait, l'AR du 11 janvier 2006 reprenait la formule fixée par le quatrième contrat de gestion entre l'État belge et La Poste, approuvé par arrêté royal du 13 décembre 2005 (M.B. du 20 décembre 2005, p. 54.418).

⁷ Décision contestée, pt. 168 à la p. 39.

connaissance de l'existence des travaux de WIK avant la communication du premier projet de décision.

13



En outre, l'IBPT a initialement accordé un délai de deux semaines à bpost pour répondre au premier projet de décision et à la note méthodologique de WIK, que l'IBPT et WIK avaient *élaborées depuis* le mois de mai 2016 (c'est-à-dire *durant plus* de quatre mois avant l'adoption du projet de décision). À la demande de bpost, l'IBPT a accepté d'accorder à bpost une brève extension du délai pour répondre, jusqu'au 7 novembre 2016.

- 14 L'IBPT n'a pas organisé d'audience, ni de consultation plus générale, *mais a accepté* de rencontrer des représentants de bpost pour une « réunion de travail » qui s'est tenue le 14 novembre 2016. Suite aux questions et observations de l'IBPT lors de cette réunion, bpost a fourni à l'IBPT des explications écrites supplémentaires le 18 novembre 2016. Après avoir soumis ces observations, bpost a insisté à plusieurs reprises par courriers écrits que les tarifs pour 2017 devaient être approuvés avant le 1^{er} janvier 2017 et que le débat réglementaire que l'IBPT avait entamé dans son projet de décision concernant la portée du principe d'orientation sur les coûts devait faire l'objet d'une analyse séparée de la révision annuelle des tarifs. Ces appels sont cependant restés sans suite.
- 15 Le 22 décembre 2016 (donc plus d'un mois après la dernière soumission de bpost et à moins de dix jours de la date où l'augmentation tarifaire demandée avait dû entrer en vigueur), l'IBPT a communiqué à bpost un deuxième projet de décision (le « **deuxième projet de décision** »). L'IBPT a initialement accordé à bpost un délai d'environ un mois, jusqu'au 20 janvier 2017, pour y répondre par écrit. Compte tenu des vacances de Noël, bpost a demandé et obtenu une extension de deux semaines, jusqu'au 15 février 2017.
- 16 La principale différence entre le premier et le deuxième projet de décision était que l'IBPT, s'écartant de l'approche recommandée par son consultant WIK, [redacted]. Au niveau des principes, l'IBPT maintenait donc que l'orientation sur les coûts constitue un plafond tarifaire supplémentaire au « price cap », tout en reconnaissant que l'approche suivie dans son premier projet de décision n'était manifestement pas appropriée et devait être corrigée. [redacted], ce qui conduisait l'IBPT à rejeter de nouveau l'augmentation demandée comme prétendument non conforme au principe de l'orientation sur les coûts.
- 17 Le 6 février 2017, des représentants de bpost et de l'IBPT se sont rencontrés pour une nouvelle réunion de travail pour discuter d'aspects techniques relatifs à la méthodologie de l'IBPT. Le 15 février 2017, bpost a soumis à l'IBPT ses observations écrites sur le deuxième projet de décision.

8



9

Rendement des actifs.

- 18 Enfin, le 21 mars 2017, l'IBPT a adopté la décision contestée. Celle-ci n'a toutefois été communiquée à bpost que le 29 mars 2017 par courrier électronique, suivi d'une notification par lettre recommandée reçue le 31 mars 2017. Cette décision finale est, en substance, égale au deuxième projet de décision.
- 19 La décision contestée représente une rupture avec la pratique décisionnelle de l'IBPT des années précédentes, consistant à approuver les demandes d'augmentations tarifaires après une simple vérification de leur conformité avec le « price cap » prescrit par la réglementation. En définissant lui-même le principe de l'orientation sur les coûts comme imposant un plafond de marge absolu de 15 % RoS, l'IBPT s'arroge des pouvoirs allant manifestement au-delà d'une simple application de critères définis par la loi ou par un règlement. Cette initiative, après des années de non-intervention, est d'autant plus inopportune et intempestive qu'elle survient au moment où une réforme du cadre légal du secteur postal est en voie de préparation (une nouvelle loi postale devant être adoptée avant la fin de 2017).

2.3 Contexte économique de la demande d'augmentation tarifaire de bpost

- 20 Comme déjà mentionné ci-dessus, bpost a demandé pour 2017 une augmentation tarifaire moyenne de [REDACTED] %.
- [REDACTED] L'augmentation demandée restait loin en-dessous du plafond tarifaire autorisé, puisque la formule du « price cap » permettait une augmentation moyenne maximale de [REDACTED] %. Les années précédentes, bpost n'a également utilisé qu'une partie de la marge tarifaire que lui offrait le « price cap » (voir pièce 2, p. 1).
- 21 Les raisons pour cette réticence de bpost à utiliser pleinement le plafond maximal que lui offre le « price cap » résident dans le fait que bpost a la volonté de partager les gains d'efficacité avec le consommateur final et dans la pression concurrentielle émanant de la substitution avec d'autres médias de communications, notamment électroniques (« e-substitution ») impose déjà en soi un « plafond naturel » aux augmentations tarifaires. Ainsi, de plus en plus d'entreprises traditionnellement grandes consommatrices de services de courrier, comme les opérateurs de télécommunications, les fournisseurs d'électricité et de gaz, les banques et sociétés d'assurances, etc., poussent leurs clients à opter pour des moyens de communication électroniques (facturation électronique ou « e-invoicing » etc.). De même, les administrations publiques, une autre catégorie très importante d'utilisateurs de services de courrier, essaient de « dématérialiser » leurs communications avec les citoyens (cf. Tax-on-Web, les guichets électroniques des communes, etc.). Le gouvernement fédéral actuel affiche d'ailleurs de grandes ambitions en matière de numérisation et d'« e-government ».¹⁰ En raison de cette substitution, les volumes de courrier connaissent un déclin graduel et irréversible. En 2015 et 2016, les volumes de courrier national traités par bpost ont diminué de 5 % dans l'ensemble.
- [REDACTED]
- [REDACTED] Des augmentations de prix trop fortes risqueraient de précipiter ce déclin.
- 22 Pour les prestataires du service universel, cette baisse se traduit forcément en une augmentation des coûts unitaires, étant donné que les obligations du service universel ne permettent pas de réduire les coûts de distribution en proportion de la baisse des volumes (par exemple en réduisant le nombre de jours de distribution). Dans les pays voisins, les régulateurs ont reconnu que, pour compenser cette augmentation des coûts et sauvegarder ainsi l'équilibre financier du service universel, il est nécessaire

¹⁰ Voir la Note de politique générale – Agenda numérique vice-premier ministre et ministre de la Coopération au développement Alexander De Croo, Doc. parl. (Chambre) n° 54-1428/005, pp. 31 et sv. (chapitre V « Administration numérique »), pièce 3.

de permettre aux prestataires du service universel d'augmenter leurs tarifs avec plus que l'inflation (voir pièce 2, p. 3). La baisse des volumes de courrier est en effet une tendance générale dans l'ensemble de l'Union européenne.

- 23 Comme il ressort de la décision contestée elle-même, les tarifs de bpost se situent au-dessous de la moyenne européenne. En effet, selon le « *benchmark* » repris dans la décision, la Belgique se situe à la 18^e place sur les 28 États membres de l'Union européenne, si on tient compte des différences en pouvoir d'achat.¹¹ Il faut ajouter qu'en Belgique, le timbre simple est valable pour des envois jusqu'à 50g, contre seulement 20g dans la plupart des États membres (y compris la plupart des pays voisins, à savoir l'Allemagne, la France, les Pays-Bas). [REDACTED] Le dernier rapport (2017) de Deutsche Post et DHL sur les tarifs de courrier en Europe indique que, si on tient compte du pouvoir d'achat et du coût salarial, les tarifs de bpost sont parmi les moins chers d'Europe et se situent à un niveau comparable ou inférieur à ceux des pays voisins (voir pièce 2, p. 4).¹³ En outre, dans la période de 2007 à 2016, les tarifs ont aussi augmenté moins fortement en Belgique (+23,8 %) que la moyenne européenne (+41,73 %) (voir pièce 2, p. 4).
- 24 Les tarifs pour les colis domestiques se situent aussi au-dessous de la moyenne européenne (en termes de parité de pouvoir d'achat) (voir pièce 2, p. 5). [REDACTED] (voir pièce 2, p. 6).
- 25 Compte tenu de ce contexte, la demande de bpost de pouvoir procéder à une augmentation tarifaire modeste de [REDACTED] % en moyenne n'a rien de déraisonnable. Néanmoins, l'IBPT oppose un refus à cette demande dans la décision contestée.

3. EN DROIT

3.1 Intérêt à agir de la requérante

- 26 La requérante a un intérêt direct et personnel au présent recours étant donné que la décision lui est individuellement adressée et met directement en cause ses intérêts en lui interdisant d'augmenter ses tarifs pour les services faisant partie du « panier des petits utilisateurs » en 2017. Ainsi, la décision affecte indéniablement les intérêts de la requérante.

bpost dispose donc d'un intérêt à agir aussi bien au sens de l'article 2, §1^{er}, 2^e alinéa 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 (ci-après « *loi-recours* ») qu'au sens de l'article 17 du Code judiciaire.

¹¹ Décision contestée, tableau 4 à la p. 15.

¹² [REDACTED]

¹³ À la différence du tableau reproduit dans la décision contestée, la comparaison reproduite à la p. 4 de la pièce 2 du dossier d'ebpost comprend aussi les pays de l'AELE (sauf le Liechtenstein), ce qui place la Belgique en 22^e position sur 31. Cette comparaison prend en outre comme point de référence le prix du timbre vendu à la pièce, alors que les consommateurs belges peuvent bénéficier d'un prix réduit s'ils achètent au moins dix timbres à la fois. [REDACTED]

[REDACTED] Si le tarif du timbre vendu par dix aurait été pris en considération pour la comparaison, la Belgique se serait retrouvée encore plus bas dans le classement européen.

3.2 Premier moyen d'annulation : Excès de pouvoir – violation des articles 33, 37, 101 et 106 et 108 de la Constitution et du principe de la séparation des pouvoirs

- 27 En vertu des articles 33, 37 et 108 de la Constitution, les pouvoirs sont d'attribution, et le pouvoir réglementaire est réservé au Roi. De plus, en vertu des articles 101 et 106 de la Constitution, l'exercice du pouvoir exécutif doit être soumis au contrôle des assemblées législatives et le contrôle parlementaire exercé sur l'activité politique des organes du pouvoir exécutif n'a lieu qu'à l'égard des ministres.
- 28 L'IBPT est une autorité administrative indépendante dotée de personnalité juridique. En tant que tel, il n'est soumis à aucun contrôle hiérarchique ou tutelle administrative. Or, la Constitution s'oppose à ce qu'une autorité administrative indépendante politiquement non responsable, comme l'IBPT, assume des tâches de réglementation générale.¹⁴ Tant la section de législation du Conseil d'Etat que la Cour constitutionnelle n'admettent l'attribution d'un pouvoir réglementaire à des autorités administratives indépendantes que sous certaines conditions strictes.
- 29 Il ressort d'une jurisprudence constante de la section de législation du Conseil d'Etat que l'exercice d'un pouvoir réglementaire par une autorité administrative indépendante telle que l'IBPT n'est admissible que sous deux conditions¹⁵ :
- Premièrement, la responsabilité politique liée à l'adoption du règlement doit être assumée par le gouvernement ou par un de ses membres *via* un mécanisme de tutelle spécifique, par exemple en conditionnant la force obligatoire du règlement à l'approbation de celui-ci par le gouvernement ou le ministre compétent. Cette exigence d'approbation du règlement pris par une autorité administrative indépendante n'est toutefois satisfaisante que si l'autorité qui donne approbation dispose d'un droit d'amendement et conserve un droit d'initiative en cas de carence de l'autorité sous tutelle.
 - Deuxièmement, le règlement dont le pouvoir d'adoption est ainsi confié à une autorité administrative indépendante doit se borner à des matières techniques. L'habilitation législative attribuant ce pouvoir doit être complète, précise et limitée.
- 30 Spécifiquement en ce qui concerne les pouvoirs de l'IBPT, la section de législation a examiné, dans son avis sur l'avant-projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (devenu la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, ci-après « **loi-statut** »), des dispositions visant à renforcer l'indépendance de l'IBPT par rapport au pouvoir exécutif en ces termes :

« [...] [L]e choix fait par l'auteur du projet de faire de l'autorité réglementaire nationale une autorité administrative sur laquelle le Gouvernement n'exercera qu'un contrôle limité n'est donc nullement une contrainte du droit européen.

¹⁴ Voir, à ce sujet, S. Adriaensen, « L'autorité des services et marchés financiers (F.S.M.A.) : Autorité administrative indépendante ? », *APT* 2014/3, p. 314 ; P. Quertainmont, « La réglementation économique sectorielle en Belgique et le rôle du juge administratif », *APT* 2014/4, p. 550.

¹⁵ D. De Roy, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », *Rapports belges au congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Utrecht*, 2006, disponible à l'adresse <http://www.crid.be/pdf/public/6386.pdf>; voir également A. Vagman, « Autorité administrative indépendante, amendes administratives et diffusion de scènes de violence gratuite : Réflexions autour de l'arrêt S.A. TVI prononcé le 5 décembre 2001 par le Conseil d'Etat », *APT* 2003/3-4, p. 261 ; S. Adriaensen, *loc. cit.*, p. 314 ; P. Quertainmont, *loc. cit.*, p. 551.

La question qui se pose est de savoir si un tel choix est compatible avec les principes constitutionnels d'attribution des pouvoirs, qui impliquent que ceux-ci ne peuvent en principe être délégués à des personnes dont les activités échappent aux contrôles des autorités publiques. Dans la mesure où des prérogatives d'autorités administratives sont confiées [sic] à des organismes dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer, devant les chambres législatives, la responsabilité politique.

Le nouveau cadre réglementaire européen relatif aux communications électroniques ne l'empêche d'ailleurs pas. [...] Dès lors, il convient de prévoir des mécanismes permettant de maintenir la responsabilité politique du pouvoir exécutif. C'est à cette condition que le pouvoir législatif peut effectivement exercer son contrôle.

La loi en projet organise un contrôle de pleine juridiction, devant la Cour d'appel, sur les décisions prises par le Conseil de l'Institut ou par son président. Un tel contrôle, s'il limite l'indépendance de l'organisme, n'est toutefois pas de nature à permettre au Gouvernement d'assurer la responsabilité politique de ces décisions.

[...]

[...] [L]e pouvoir exécutif n'exercera aucun pouvoir hiérarchique, ni aucun contrôle de tutelle sur l'accomplissement de ces missions par l'Institut.

La section de législation a déjà admis par le passé que soient attribuées à des organismes des missions administratives, telles que des missions d'autorisation, de contrôle ou de surveillance, pour lesquelles le Gouvernement n'exerce directement aucun pouvoir d'injonction, d'annulation ou de réformation. [...]

[...]

[...] [I]l ressort de cette jurisprudence [qu']il peut être admis qu'un organisme chargé de certaines missions de contrôle, ou même de sanction, jouisse d'une relative indépendance, [mais que] la nécessité d'un contrôle suffisant du Gouvernement n'en est pas moins reconnue.

Le caractère suffisant du contrôle doit être apprécié en fonction de l'étendue des pouvoirs qui sont confiés à l'autorité administrative. Lorsque il s'agit d'appliquer à des cas individuels une réglementation précise, qui ne laisse que peu de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'organisme, le pouvoir de contrôle de l'exécutif peut être réduit. Par contre, lorsque l'exercice des pouvoirs qui sont conférés à cet organisme implique des choix d'opportunité, il s'impose que cette autorité, qui n'est pas responsable politiquement, soit soumise à un contrôle plus étroit du Gouvernement.

À cet égard, les pouvoirs de l'Institut [...] ne sont, déjà actuellement, pas négligeables. L'avant-projet tend à les augmenter [...]. [...]

[...]

Il reste que l'énoncé de ces objectifs, exprimés en termes généraux, démontre l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont l'Institut jouira dans l'accomplissement des missions de régulation des marchés concernés qui lui sont confiées.

Un tel pouvoir discrétionnaire ne peut rester sans contrôle. [...]

[...]

Afin d'assurer à la fois l'indépendance de l'Institut dans ses missions de régulation du marché et le respect des principes constitutionnels qui impliquent que le Gouvernement puisse exercer la responsabilité politique des décisions administratives prises, une des modalités de contrôle pourrait être de prévoir la possibilité pour l'Etat d'introduire lui-même un recours contre les décisions de l'Institut.

[...]

Enfin, compte tenu de l'extension présente et future des attributions de l'Institut, il conviendrait que les actes adoptés par celui-ci en vertu des lois du 21 mars 1991 et du 30 juillet 1979, précitées, qui de ces marchés soient soumis à une forme de tutelle spéciale par le Ministre en charge de la réglementation des secteurs concernés. La détermination de ces actes soumis à tutelle ne peut pas être dissociée de la mise en œuvre prochaine par le législateur belge du nouveau cadre réglementaire européen sur les réseaux électroniques.

Si les mesures qui viennent d'être suggérées étaient prises, l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré à l'Institut et l'absence d'une tutelle générale serait admissible. »¹⁶

- 31 De même, dans son avis sur un avant-projet de décret de la Communauté française devenu le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (actuellement : décret sur les services de médias audiovisuels), la section de législation rappelait à propos des pouvoirs accordés au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) qu'il n'est pas admissible qu'une autorité administrative autonome puisse exercer un large pouvoir discrétionnaire sans contrôle d'opportunité par une autorité politiquement responsable :

« Toujours en ce qui concerne la compatibilité de ce type de compétence avec la nécessité d'un contrôle suffisant exercé par le Gouvernement sur les administrations autonomes, la section de législation observait ce qui suit à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de loi, précité, tendant à accroître les pouvoirs et l'autonomie d'un organisme fédéral agissant dans un domaine proche de celui de l'audiovisuel, à savoir l'Institut belge des services postaux et des télécommunications :

'Le caractère suffisant du contrôle doit être apprécié en fonction de l'étendue des pouvoirs qui sont confiés à l'autorité administrative. Lorsque il s'agit d'appliquer à des cas individuels une réglementation précise, qui ne laisse que peu de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'organisme, l'organisme, le pouvoir de contrôle de l'exécutif peut être réduit. Par contre, lorsque l'exercice des pouvoirs qui sont conférés à cet organisme implique des choix d'opportunité, il s'impose que cette autorité, qui n'est pas responsable politiquement, soit soumise à un contrôle plus étroit du Gouvernement.'

¹⁶ Doc. parl. (Chambre), 2001-2002, n° 50-1937/001, pp. 59-65.

Pour que l'on puisse admettre que des autorisations soient confiées à une autorité administrative autonome sans contrôle d'opportunité exercé par une autorité politiquement responsable, il convient à tout le moins que les critères à prendre en considération pour délivrer ces autorisations soient définis de telle manière que le pouvoir ainsi reconnu ne recèle que peu d'éléments d'appréciation. »¹⁷

32 De son côté, la Cour constitutionnelle a jugé que le législateur ne saurait déléguer à un organisme autonome « *un pouvoir réglementaire général qui seul peut être exercé [...] par le Gouvernement* ». ¹⁸ Par ailleurs, la Cour a jugé que « *l'article 37 de la Constitution [...] ne s'oppose pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire* ». ¹⁹ Plus récemment, la Cour constitutionnelle a encore jugé que « *[l]es articles 33, 105 et 108 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire et n'interdisent pas au législateur d'accorder des délégations à un organe exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur compétent a déterminé l'objet, en particulier dans les matières techniques et complexes* ». ²⁰ La Cour n'admet donc l'exercice d'une compétence exécutive par une autorité administrative indépendante que si quatre conditions sont remplies :

- L'exercice de ce pouvoir se fonde sur une délégation de pouvoir par le législateur (ou, autrement dit, une habilitation législative) ;
- Cette délégation de pouvoir se limite à des « *compétences exécutives spécifiques dans une matière technique déterminée* » ;
- Les décisions adoptées en exécution de ces compétences sont soumises à un « *contrôle juridictionnel approfondi* », notamment par le biais d'« *un recours effectif devant une juridiction indépendante et impartiale* » ²¹ ;
- L'exercice de ces compétences est également soumis au contrôle parlementaire. ²²

33 Si les décisions que l'IBPT adopte en vertu de l'article 144^{ter} de la Loi de 1991 sont bien soumises au contrôle juridictionnel de Votre Cour, elles ne sont, en revanche, soumises à aucun contrôle par un

¹⁷ *Doc. parl. (Comm. fr.)*, 2002-2003, n° 357-1, p. 144. Voir également *Doc. parl. (Comm. fr.)*, 2007-2008, n° 562-1, pp. 56-57.

¹⁸ C.C. n° 24/98 du 10 mars 1998, B.5.3.

¹⁹ C.C. n° 130/2010 du 18 novembre 2010, B.5 ; C.C. n° 158/2013 du 21 novembre 2013, B.14.4.

²⁰ C.C. n° 86/2015 du 11 juin 2015, B.22.4.

²¹ C.C. n° 130/2010 du 18 novembre 2010, B.6.2-B.6.4.

²² Il convient de souligner que l'arrêt n° 130/2010 de la Cour constitutionnelle concernait le pouvoir de la CREG d'imposer des amendes administratives à des personnes restant en défaut de se conformer aux dispositions de la loi-électricité et de ses arrêtés d'exécution et donc d'actes individuels et non d'actes réglementaires. Dans l'arrêt n° 89/2016 par contre, il s'agissait par contre de la compétence de la FSMA de prendre des règlements complétant les dispositions légales ou réglementaires dont elle assure le respect sur des points d'ordre technique. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle n'a admis l'exercice d'un pouvoir réglementaire par la FSMA que parce que les règlements concernés ne sortent leurs effets qu'après leur approbation par le Roi et leur publication au *Moniteur*, et que le Roi peut, en outre, apporter des modifications à ces règlements ou suppléer à la carence de la FSMA d'établir ces règlements. Tout comme le Conseil d'État, la Cour constitutionnelle considère donc que l'exercice d'un pouvoir réglementaire par une autorité administrative autonome ne se conçoit pas en l'absence d'une forme de tutelle spécifique par une autorité politiquement responsable, par exemple par le biais d'un mécanisme d'approbation.

organe politiquement responsable devant les assemblées législatives. L'IBPT prend ses décisions concernant les demandes d'augmentations tarifaires de bpost en toute indépendance, sans que le Gouvernement (ou un de ses membres) ne puisse s'ingérer dans cette décision de quelque manière que ce soit. Il n'existe pas de mécanisme de tutelle spécifique en ce qui concerne ces décisions et leur force obligatoire ne dépend pas d'une approbation par l'exécutif. Les ministres n'ont donc aucune emprise sur l'IBPT en la matière, et celui-ci n'endosse aucune responsabilité politique du fait de ces décisions, ni directement, ni indirectement.

- 34 L'absence de contrôle politique sur les décisions de l'IBPT est indiscutable depuis l'abolition de l'article 15 de la loi-statut par la loi du 16 mars 2015.²³ Cet article prévoyait que le Conseil des ministres pouvait, sur proposition du ministre compétent, suspendre par arrêté motivé l'exécution de certaines décisions, à l'exception des décisions relatives à la régulation du marché *ex ante* et aux litiges entre opérateurs, par lesquels l'Institut viole la loi ou blesse l'intérêt général. La suppression de cet article était motivée par le fait que la Commission européenne avait saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours contre la Belgique, considérant que la loi-statut ne garantissait pas (suffisamment) l'indépendance de l'IBPT et, pour cette raison, était contraire à l'article 3, paragraphe 3*bis* de la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive cadre »).²⁴ La disposition a toutefois été abrogée complètement, y compris en ce qui concerne le secteur postal, même si la Directive Postale ne contient pas une exigence analogue d'indépendance absolue du régulateur. Cela veut dire qu'aussi en ce qui concerne le secteur postal, l'IBPT n'est désormais plus soumis qu'aux modalités de contrôle général prévues à l'article 34 de la loi-statut,²⁵ mais n'est plus soumis à aucun contrôle politique lorsqu'il prend des décisions dans des dossiers spécifiques.
- 35 Si une telle absence de contrôle parlementaire peut éventuellement encore se concevoir dans des cas où l'IBPT ne dispose que d'une compétence liée, ou en tout cas d'un pouvoir d'appréciation très réduit, elle n'est pas admissible dans des cas où l'IBPT exerce un pouvoir discrétionnaire extrêmement large, voire un pouvoir de réglementation générale, comme en l'occurrence. Tant que le contrôle de l'IBPT se bornait à appliquer aux demandes de bpost la formule du « price cap » fixée à l'article 31 de l'AR du 11 janvier 2006, et donc à l'exercice d'une compétence liée et clairement circonscrite, l'absence de contrôle politique ne soulevait donc probablement pas de problème constitutionnel particulier. Toutefois, dans la décision contestée, l'IBPT ne se borne pas à cela, mais va beaucoup plus loin en définissant le concept d'orientation sur les coûts ainsi qu'une méthodologie pour son application aux demandes d'augmentations tarifaires de bpost.
- 36 Lorsque l'IBPT définit la notion d'orientation sur les coûts et en détermine les modalités d'application, il exerce un pouvoir réglementaire général, voire même un pouvoir quasi-législatif, non seulement en dehors de tout contrôle par une autorité politiquement responsable, mais de surcroît sans habilitation législative spécifique. En effet, la notion d'orientation sur les coûts n'est définie, ni par la Loi de 1991, ni par la Directive Postale. L'article 144*ter* contient seulement une délégation de pouvoir au Roi pour définir un « price cap » pour la vérification du caractère abordable des tarifs. Même à considérer que le Roi aurait pu, en vertu de sa compétence générale pour adopter les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois (art. 108 de la Constitution), spécifier le contenu de la notion d'orientation

²³ Loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.* 7 avril 2015, p. 20.666.

²⁴ *Doc. parl.* (Chambre) 2014-2015, n° 54-0875/001, p. 4.

²⁵ Présentation d'un plan stratégique triennal et de plans d'activité annuels, transmission d'un rapport d'activités annuel au gouvernement et audition à la Chambre dans le mois qui suit la publication de ce rapport. Ce contrôle ne concerne donc que les grandes orientations des activités de l'Institut et ne confère aucun droit de regard au gouvernement et/ou au parlement sur les décisions de l'Institut dans des dossiers individuels.

sur les coûts et définir les critères et modalités pour son application, tel n'est assurément pas le cas pour l'IBPT en sa qualité d'autorité administrative autonome politiquement non responsable.

37 Il y a donc lieu de constater que la décision contestée est constitutive d'un excès de pouvoir dans le chef de l'IBPT, dans la mesure où l'IBPT y définit le principe de l'orientation sur les coûts et y détermine une méthodologie pour son application en l'absence de toute habilitation législative spécifique, précise et limitée, ainsi qu'en l'absence de tout contrôle par un organe politiquement responsable devant les assemblées législatives. La décision viole ainsi les articles 33, 37, 101, 106 et 108 de la Constitution ainsi que le principe général de la séparation des pouvoirs.

38 Par conséquent, le premier moyen est fondé.

3.3 Deuxième moyen d'annulation : violation de l'article 144ter, §2, 2^e alinéa de la Loi de 1991, défaut de compétence pour adopter la décision et/ou dépassement du délai raisonnable

39 L'article 144ter, §2, 2^e alinéa de la Loi de 1991 dispose qu'

« [e]n cas d'augmentation des tarifs pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs des services postaux universels mentionnés au §1^{er}, 1^o, tous les documents relatifs au calcul du prix de revient sont communiqués à l'Institut préalablement à la modification et au plus tard au 1^{er} septembre de l'année n-1 en vue de l'approbation de l'augmentation des tarifs. [...] »

L'Institut dispose d'un mois à partir de la réception de la demande des augmentations tarifaires pour communiquer ses observations. Au cas où l'Institut est d'avis que le dossier est incomplet, il doit faire savoir dans les dix jours ouvrables de la réception quelles informations manquent. [...]

Le délai d'un mois est suspendu jusqu'au moment de la réception des informations manquantes dans le dossier. »

En l'occurrence, l'IBPT a reçu la demande le 29 août 2016, mais n'a adopté sa décision que le 21 mars 2017 et n'a communiqué cette décision à bpost que le 29 mars 2017, c'est-à-dire trois mois après la date (le 1^{er} janvier 2017) à laquelle les nouveaux tarifs auraient dû entrer en vigueur.

40 Il ressort de ces dispositions que l'IBPT est tenu de prendre une décision (d'approbation ou de refus) sur une demande d'augmentation tarifaires de bpost endéans un délai d'un mois à compter de l'introduction de la demande.

41 L'IBPT soutient à tort que le dossier introduit le 29 août 2016 était incomplet. En effet, le dossier initialement introduit était identique en sa composition aux dossiers sur la base desquels l'IBPT a approuvé les demandes d'augmentations tarifaires précédentes de bpost. Il est vrai que l'IBPT a demandé des informations supplémentaires au cours du mois de septembre 2016, mais il s'agissait de données que l'IBPT n'avait pas demandées précédemment et dont il avait uniquement besoin pour pouvoir appliquer la méthodologie élaborée par son consultant WIK (dont bpost n'avait pas encore connaissance à ce moment). bpost considère donc que son dossier était complet dès le 29 août et que le délai d'un mois était donc déjà dépassé lorsque l'IBPT lui a communiqué le premier projet de décision, le 7 octobre 2016.

42 De toute façon, il ressort du dossier administratif que l'IBPT n'a plus demandé d'informations supplémentaires après sa demande d'informations du 23 septembre 2016, à laquelle bpost a répondu le 26 septembre 2016. L'IBPT a lui-même confirmé que le dossier de bpost était complet le 28 septembre

2016.²⁶ Même à considérer que le dossier n'était complet qu'à cette date (ce que bpost conteste), le délai d'un mois était donc très largement dépassé lorsque l'IBPT a finalement communiqué sa décision à bpost le 29 mars 2017, c'est-à-dire six mois après l'introduction de la demande.

- 43 L'IBPT avance à tort qu'il aurait respecté le délai d'un mois en communiquant le premier projet de décision le 7 octobre 2016.²⁷ L'article 144ter, §2, 2^e alinéa vise la décision de l'IBPT sur la proposition tarifaire de bpost et non pas un simple projet de décision. Le projet de décision du 7 octobre 2016, pas plus que le deuxième projet de décision du 22 décembre 2016, ne peuvent donc être considérés comme des « observations » au sens de la disposition légale invoquée. Cela ressort notamment du texte de l'alinéa 1^{er} du §2, qui indique clairement que l'IBPT doit soit approuver (« *en vue de son approbation* »), soit refuser l'augmentation tarifaire (« *Si l'un de ces principes n'est pas respecté, l'Institut refusera la hausse tarifaire proposée...* »). Un projet de décision n'est qu'un document préparatoire sans conséquences légales, et ne constitue donc ni une approbation, ni un refus de l'augmentation tarifaire proposée. Ce n'est donc pas cela que le législateur entend par « *communiquer ses observations* ». En effet, le législateur a souhaité que l'Institut prenne rapidement une décision sur la proposition tarifaire de bpost afin de laisser à cette dernière suffisamment de temps pour préparer l'entrée en vigueur des nouveaux tarifs au début de l'année suivante. Cela est confirmé par l'exposé des motifs de la loi du 3 février 2014 modifiant l'article 144ter de la Loi de 1991, qui indique que la disposition « *concerne le délai pendant lequel l'Institut doit évaluer les demandes d'augmentations tarifaires* ».²⁸
- 44 Les deux projets de décision du 7 octobre 2016 et du 22 décembre 2016 ne sauraient donc être considérés comme des « observations » au sens de l'article 144ter, §2, 2^e alinéa de la Loi de 1991, car elles ne constituent pas des décisions d'approbation ou de refus de l'augmentation tarifaire. En ne communiquant sa décision de refus à bpost que le 29 mars 2017, l'IBPT a donc « *communiqué ses observations* » seulement plusieurs mois après l'expiration du délai légal (même si on considère que le dossier n'était complet que fin septembre, ce que bpost conteste). Ceci a eu comme conséquence qu'au moment où les nouveaux tarifs auraient normalement dû entrer en vigueur, le 1^{er} janvier 2017, il n'y avait toujours pas de décision.
- 45 Certes, l'exposé des motifs de la loi du 3 février 2014 précise que « *conformément à l'avis du Conseil d'État, aucun effet juridique n'est conféré au silence de l'IBPT* ».²⁹ Le projet de loi prévoyait initialement qu'en cas d'absence de réponse de l'IBPT dans le délai, sa réaction était censée positive.³⁰ Dans son avis sur le projet, le Conseil d'État avait considéré qu'« *il est douteux que le régime de décision implicite ainsi instauré puisse être considéré comme répondant effectivement et concrètement aux exigences de l'article 12 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil [...], notamment quant au caractère abordable des prix. Une disposition qui ne confère aucun effet juridique au silence de l'Institut, ou lui confère un effet négatif, permettrait d'éviter tout écueil à ce propos* ».³¹ Le législateur a finalement retenu la première alternative suggérée par le Conseil d'État. Il faut cependant bien appréhender la portée de l'objection du Conseil d'État contre la rédaction initiale de la disposition. Le Conseil d'État a voulu éviter que l'absence de décision soit équivalente à une confirmation implicite de la conformité de la proposition tarifaire aux principes tarifaires énoncés à l'article 12 de la Directive Postale. Ceci reviendrait à une présomption légale de conformité, sans

²⁶ Lettre de l'IBPT à bpost du 17 octobre 2016 (pièce 4 du dossier administratif).

²⁷ Décision contestée, pt. 47.

²⁸ *Doc. parl.* (Chambre) 2013-2014, n° 53-3134/001, p. 6. Nous soulignons.

²⁹ *Doc. parl.* (Chambre) 2013-2014, n° 53-3134/001, p. 7.

³⁰ *Doc. parl.* (Chambre) 2013-2014, n° 53-3134/001, p. 14.

³¹ *Doc. parl.* (Chambre) 2013-2014, n° 53-3134/001, p. 19.

application *in concreto* des principes tarifaires à l'augmentation demandée. Selon le Conseil d'État, la conformité d'un tel régime avec la Directive serait douteuse. La solution finalement retenue signifie que si l'IBPT ne prend pas de décision dans le délai d'un mois, la conformité de l'augmentation tarifaire proposée avec les principes tarifaires (y compris le caractère abordable et l'orientation sur les coûts) n'est donc ni confirmée, ni invalidée. Cela ne veut toutefois pas dire que l'IBPT retient sa compétence de contrôle *ex ante* passé le délai d'un mois. En juger autrement viderait entièrement de son sens le délai expressément prévu par la disposition légale.

- 46 Il convient donc de conclure qu'une fois passé le délai d'un mois, l'IBPT n'était plus compétent pour adopter la décision contestée. Que l'IBPT dispose par ailleurs d'une compétence de contrôle des prix *a posteriori* n'y change rien, puisque bpost n'a pas procédé à l'augmentation de ses prix à partir du 1^{er} janvier, de sorte que l'occasion pour une intervention *a posteriori* ne se présentait pas, les tarifs existants ayant été approuvés par l'IBPT dans sa décision du 21 septembre 2015 concernant la proposition tarifaire de bpost pour l'année 2016.
- 47 À tout le moins faut-il considérer que l'IBPT a dépassé le délai raisonnable pour décider, puisqu'il n'a pris sa décision que fin mars 2017, soit six mois après l'introduction d'une demande complète et trois mois après la date à laquelle l'augmentation tarifaire proposée aurait dû entrer en vigueur.
- 48 En conclusion, la décision contestée a été adoptée et communiquée en dehors du délai légal et/ou raisonnable. Le deuxième moyen est donc fondé.

3.4 Troisième moyen d'annulation : violation des principes de bonne administration en ce qui concerne la procédure d'élaboration et d'adoption de la décision

- 49 D'origine néerlandaise, les principes de bonne administration (« *beginselen van behoorlijk bestuur* ») peuvent être définis comme un ensemble de règles de bonne conduite destinées à assurer la qualité de l'action administrative dans l'intérêt général et des particuliers.³² Le principe général de bonne administration se décline en divers principes ou règles plus spécifiques, qui se recoupent souvent avec des principes généraux de droit³³ (comme par ex. l'obligation de motiver, la règle d'égalité, le droit d'être entendu, l'impartialité du juge, la sécurité juridique, etc.).
- 50 Parmi les principes de bonne administration, le principe de sollicitude ou le principe du devoir de diligence (« *zorgvuldigheidsbeginsel* ») n'est, au fond, qu'une application à l'action administrative de la norme générale de prudence (« *algemene zorgvuldigheidsnorm* ») de l'article 1382 C.civ. Ce principe implique donc que l'administration doit se comporter comme une administration raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances. Ainsi, on peut considérer que tous les principes de bonne administration, dans la mesure où ils prescrivent une norme de conduite pour l'administration, ne sont que des avatars jurisprudentiels de cette norme générale de prudence.³⁴ C'est-à-dire que l'on ne saurait dresser un catalogue exhaustif des principes de bonne administration, étant donné que la norme de prudence s'applique à tous les aspects de l'action administrative.
- 51 Le présent moyen concerne l'application de la norme de prudence à la *procédure* ayant précédé l'adoption définitive de la décision contestée plutôt qu'au contenu de celle-ci. Il s'agit donc de l'application du devoir de sollicitude ou de diligence dans son aspect formel ou procédural (« *formele*

³² P. Marchal, « Le principe général du droit de bonne administration » in *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant 2014, p. 137.

³³ J. Salmon et al., *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruylant 2011, n° 392.

³⁴ K. Leus, « Het zorgvuldigheidsbeginsel » in I. Opdebeek et M. Van Damme (éds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Die Keure 2009, p. 107.

zorgvuldigheidsplicht »³⁵). Certains auteurs se réfèrent aussi à un principe général d'équitable procédure, comparable au concept de « *due process* » utilisé dans les pays anglo-saxons.³⁶ Il s'agit de l'ensemble des normes de conduite que l'administration doit respecter pour garantir son indépendance et impartialité et pour assurer que les administrés concernés par une décision envisagée puissent utilement défendre leurs intérêts par rapport à cette décision. Ce principe inclut des principes procéduraux bien établis tels que le droit d'être entendu (« *audi et alteram partem* »), les droits de défense en matière disciplinaire et le principe d'impartialité (« *nemo iudex in causa sua* »), etc., mais est plus large que ceux-ci.

52 Le moyen est divisé en deux branches : la première se focalise sur le processus de préparation de la décision par l'IBPT, tandis que la seconde se concentre sur le non-respect par l'IBPT des droits de bpost dans la procédure d'adoption de celle-ci.

(A) Première branche : Violation du devoir de prudence dans la préparation de la décision

53 En vertu du principe du devoir de prudence ou de minutie (« *zorgvuldigheidsbeginsel* »), l'administration doit préparer ses décisions avec soin, en recueillant et examinant tous les éléments de fait pertinents et en examinant ceux-ci avec diligence et minutie. L'administration doit être impartiale dans le recueillement et examen des faits et doit prendre en considération non seulement les avantages, mais aussi les désavantages de la décision à prendre.³⁷ Elle doit soupeser les intérêts de toutes les parties concernées et privilégier la mesure qui ménage au mieux ces différents intérêts.³⁸

54 La notion d'orientation sur les coûts n'est pas définie par la Directive Postale, la Loi de 1991 ou un règlement pris en exécution de cette dernière, et les travaux préparatoires offrent peu ou pas de points d'ancrage pour sa définition. La législation ne fixe pas non plus de modalités pour son application. Laissant de côté pour l'instant les objections d'ordre constitutionnel contre l'adoption par une autorité administrative autonome comme l'IBPT d'une définition du principe de l'orientation sur les coûts et d'une méthodologie pour son application (développées au premier moyen), il est en tout cas clair qu'une telle initiative demande un examen approfondi de la question prenant en considération tous les intérêts en cause. Cet examen ne peut pas être bâclé hâtivement et superficiellement. Compte tenu du fait que les options finalement retenues sont lourdes de conséquences, cet examen se conçoit aussi mal sans la consultation de toutes les parties intéressées.

55 Un premier constat à faire est que l'IBPT a démarré la préparation de sa décision trop tard. En effet, le consultant chargé d'assister l'IBPT dans la préparation de la décision, WIK Consult, n'a commencé ses travaux que fin mai 2016,³⁹ c'est-à-dire à peine trois mois avant la date à laquelle bpost devait introduire sa proposition tarifaire pour 2017. On ne perçoit absolument pas pourquoi l'IBPT (à le supposer compétent, *quod non*) n'aurait pas pu démarrer les travaux plus tôt, d'autant plus que le principe de l'orientation sur les coûts est inscrit dans la Loi de 1991 depuis 1999 et que l'IBPT est chargée depuis 2011 du contrôle *ex ante* de la conformité avec ce principe des augmentations tarifaires pour les produits du panier des petits utilisateurs (et auparavant déjà du contrôle *a posteriori*). Compte tenu aussi des vacances d'été et du fait qu'une fois bpost avait introduit son dossier, l'IBPT était tenu

³⁵ J. De Staercke, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap – Beginselen van openbare dienst*, Vanden Broele 2002, p. 33.

³⁶ J. Salmon *et al.*, *o.c.*, Bruylant 2011, n° 378 ; J. De Staercke, *o.c.*, p. 33.

³⁷ A. Mast *et al.*, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 19^e éd., Kluwer 2012, pp. 62-65 ; K. Leus, « Het zorgvuldigheidsbeginsel » in I. Opdebeek et M. Van Damme (éds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Die Keure 2009.

³⁸ Voir par ex. C.E. n° 20.491 du 1^{er} juillet 1980, Deuragas ; C.E. n° 188.987 du 18 décembre 2008, Tuyls.

³⁹ Voir pièces 64 et 65 du dossier administratif.

de prendre une décision en moins d'un mois (voir le développement du deuxième moyen), il est clair que le délai de trois mois était insuffisant pour mener à bien un projet d'une telle envergure et importance. Il ressort d'ailleurs du dossier administratif que WIK avait proposé de remettre son rapport final (en anglais) vers la fin d'octobre 2016.⁴⁰ L'IBPT a toutefois imposé un calendrier plus strict compte tenu du délai pour prendre la décision sur la demande d'augmentation tarifaire de bpost.⁴¹ Le dossier administratif permet aussi de constater que la note méthodologique et le rapport final de WIK n'ont été finalisés que le 5 octobre 2016, c'est-à-dire seulement deux jours avant la communication du premier projet de décision à bpost. Cela veut dire que la méthodologie pour la vérification de l'orientation sur les coûts de la proposition tarifaire de bpost n'était pas encore arrêtée au moment où bpost a introduit cette proposition.

- 56 L'IBPT s'est donc enfermé dans un calendrier trop strict, ce qui l'a contraint (ou du moins conduit) à adopter son nouveau concept de l'orientation sur les coûts et sa nouvelle méthodologie en même temps que la décision appliquant déjà ce concept et cette méthodologie à la proposition tarifaire de bpost pour 2017, au lieu de procéder en deux étapes. Comme exposé à la deuxième branche du présent moyen, ceci a conduit à une méconnaissance des droits procéduraux de bpost. En particulier, c'est sans doute au moins en partie en raison du calendrier que l'IBPT n'a pas entendu bpost sur la nouvelle approche proposée, indépendamment de son application au dossier tarifaire pour 2017. Comme l'a observé I. Opdebeeck, le droit d'être entendu a une double finalité : d'une part, il s'agit évidemment de permettre à la personne concernée de faire valoir son point de vue afin d'éviter une décision négative, mais d'autre part aussi d'éviter que l'administration ne prenne une décision mal informée.⁴² La restriction du droit d'être entendu, critiquée à la deuxième branche du moyen, influe donc aussi sur la qualité de la préparation de la décision.
- 57 Le délai était aussi trop court pour permettre une consultation des autres parties intéressées, procéder à une évaluation d'impact ou effectuer un « *benchmark* » sérieux avec la pratique des régulateurs des autres États membres. Certes, la législation belge n'impose pas d'obligation générale à l'IBPT d'organiser une consultation publique, de procéder à une évaluation d'impact ou d'effectuer un « *benchmarking* » avant d'adopter une décision. Il n'empêche que le recours à un ou plusieurs de ces outils peut faire partie de l'obligation d'une autorité administrative de préparer ses décisions avec soin et de recueillir toutes les informations utiles et pertinentes à cet effet, en particulier lorsque l'administration dispose d'une marge discrétionnaire qui implique aussi un jugement d'opportunité et une appréciation des intérêts concernés.
- 58 Selon les *Better Regulation Guidelines* de la Commission européenne⁴³ et les meilleures pratiques des régulateurs étrangers,⁴⁴ la préparation soignée d'une décision administrative susceptible d'avoir un impact important dépassant les seuls intérêts de la personne à qui elle est adressée, passe aussi par une évaluation d'impact. Selon les *Guidelines* de la Commission, une évaluation d'impact est obligatoire pour toute initiative qui est susceptible d'avoir un impact économique, environnemental ou social important. Cette analyse d'impact inclut aussi la consultation de tous les *stakeholders*.⁴⁵ Or, en

⁴⁰ Pièce 64 du dossier administratif, p. 10.

⁴¹ Pièce 65 du dossier administratif, p. 10.

⁴² I. Opdebeeck, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Die Keure 1992, p. 55.

⁴³ Disponibles à l'adresse http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/toc_guide_en.htm.

⁴⁴ Par exemple le régulateur britannique Ofcom, voir Ofcom, *Better Policy Making : Ofcom's approach to Impact Assessment*, <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/better-policy-making-ofcoms-approach-to-impact-assessment>. Le régulateur suédois PTS a également organisé une consultation publique et une évaluation d'impact à propos de la réglementation des tarifs dans le secteur postal, voir <https://www.pts.se/sv/Bransch/Post/Prissattning1/Foreskriftsarbete-om-prissattningsreglerna-i-postlagen/>.

⁴⁵ http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap3_en.htm.

l'occurrence, la décision contestée a un impact important non seulement sur bpost, mais sur le secteur postal dans son ensemble, y compris les concurrents et les utilisateurs, et aussi sur l'Etat et donc sur les intérêts publics (voir le développement du septième moyen).

59 Force est de constater que l'IBPT n'a effectué aucune évaluation d'impact ni consulté les parties concernées par la décision (sauf bpost, mais cette dernière seulement après l'adoption du premier projet de décision et dans des circonstances qui étaient loin d'être idéales, voir le développement de la deuxième branche du moyen). Jusqu'à la communication du premier projet de décision, l'IBPT a travaillé dans la coulisse, laissant en outre à son consultant le soin non simplement de faire des recommandations sur des aspects techniques ou méthodologiques, mais de décider comment il fallait interpréter la notion même d'orientation sur les coûts. Ainsi, l'IBPT n'a fait *aucun* usage des outils qui étaient à sa disposition pour bien s'informer et s'assurer que sa décision serait proportionnelle et prendrait en compte tous les intérêts en cause. Il n'a pas non plus procédé à une comparaison sérieuse avec la pratique d'autres régulateurs (et n'en a de toute façon pas tiré les bonnes conclusions), de sorte qu'il n'est guère surprenant que son approche est sans précédent dans l'ensemble de l'Union européenne et se démarque notamment de l'approche dans les pays voisins (voir le développement du quatrième moyen). En agissant ainsi, l'IBPT s'est non seulement écarté de sa propre pratique en matière de communications électroniques,⁴⁶ mais aussi de ses propres orientations stratégiques telles qu'annoncées dans son plan stratégique.⁴⁷

60 On peut donc considérer que l'IBPT n'a pas préparé la décision avec soin, sur la base d'un examen minutieux, complet et impartial des faits.

61 Par conséquent, le troisième moyen, en sa première branche, est fondé.

(B) Deuxième branche : Violation du devoir de prudence dans la procédure d'adoption de la décision et de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges

62 L'article 144^{ter}, §2 de la Loi de 1991 prévoit que bpost introduise sa demande d'augmentation tarifaire au plus tard au 1^{er} septembre de l'année n-1 en vue de l'application des nouveaux tarifs au plus tôt au 1^{er} janvier de l'année n. L'IBPT dispose d'un délai d'un mois à compter de l'introduction d'un dossier de demande complet pour prendre sa décision. La procédure d'approbation des demandes d'augmentations tarifaires est donc soumise à un échéancier strict.

63 L'article 19 de la loi-statut dispose que « *l'IBPT offre à toute personne directement ou indirectement concernée par une décision la possibilité d'être entendue au préalable* ». Le législateur a ainsi tenu à enlever tout doute possible que le droit d'être entendu (« *audi et alteram partem* ») est applicable aux

⁴⁶ Dans le secteur des télécommunications, lorsqu'il s'agissait de définir un nouveau modèle de coûts ou un nouveau mécanisme de contrôle des prix, l'IBPT a toujours impliqué les opérateurs concernés tôt dans le processus et a également consulté le secteur.

⁴⁷ Dans son plan stratégique 2014-2016, l'IBPT souligne que « [l]a transparence est un élément important qui garantit le contrôle démocratique sur son action, limitée formellement par son indépendance. Elle est faite d'ouverture, de dialogue, d'honnêteté, de cohérence et bien sûr du fait que tous les actes et toutes les décisions soient adéquatement motivées, préalablement soumises à consultation. L'IBPT doit aller au-delà des obligations légales en la matière [...] ». Plus loin, l'IBPT affirme qu'il « *entend aller au-delà de son obligation d'organiser des consultations sur ses projets de décision, par exemple, en mettant en place des tables rondes permanentes sur des thèmes spécifiques et des auditions d'opérateurs ou de fournisseurs de services sur les évolutions technologiques* ». Dans la même veine, l'IBPT déclare dans son projet de plan stratégique 2017-2019 que « [l]a concertation et le dialogue avec les parties prenantes sont des éléments essentiels d'une organisation socialement responsable » et que « [l]a transparence provient aussi du fait que tous les actes et décisions sont adéquatement motivés et qu'ils sont le plus souvent possible préalablement soumis à consultation » (Projet de plan stratégique 2017-2019, pièce 4, pp. 6 et 18).

décisions de l'IBPT, quand bien même ces décisions sont par ailleurs susceptibles d'un recours en pleine juridiction devant Votre Cour. Ce principe implique qu'une autorité administrative qui envisage de prendre une mesure d'une certaine gravité à l'encontre d'une personne, doit au préalable donner à celle-ci l'occasion de faire valoir son point de vue, et ce de manière utile et dans un délai raisonnable.

- 64 Comme le montre le dossier administratif, le consultant de l'IBPT, WIK Consult, a commencé l'élaboration d'une méthodologie pour la mise en œuvre du principe de l'orientation sur les coûts en mai 2016. bpost n'a été impliquée d'aucune manière dans les travaux de WIK et n'en connaissait même pas l'existence jusqu'au moment où l'IBPT lui a communiqué son premier projet de décision, le 7 octobre 2016.⁴⁸ Il ressort d'ailleurs aussi du dossier administratif que la note méthodologique et le rapport final de WIK, sur lesquels ce premier projet de décision était basé, n'ont été finalisés que le 5 octobre 2016, donc seulement deux jours avant la communication de ce projet à bpost.⁴⁹ WIK a donc travaillé plus de quatre mois à l'élaboration de la méthodologie utilisée dans le premier projet de décision. Néanmoins, l'IBPT n'a initialement accordé à bpost qu'un délai de deux semaines pour répondre à ce projet.
- 65 Certes, l'IBPT a fini par accepter de brèves extensions des délais pour répondre tant au premier qu'au deuxième projet de décision. Si bpost a donc bien eu l'occasion de faire valoir ses arguments à propos de ces deux projets, il convient néanmoins de constater qu'elle n'a pas pu le faire dans des circonstances raisonnables. En effet, l'IBPT a créé des circonstances dans lesquelles il n'était pas possible pour bpost d'exercer son droit d'être entendu sans contrainte.
- 66 Il faut souligner que si le législateur a prévu un délai d'un mois pour la prise de décision, c'est pour assurer que bpost dispose ensuite encore de suffisamment de temps pour l'implémentation des nouveaux tarifs avant leur entrée en vigueur effective (c.-à-d. en principe le 1^{er} janvier de l'année suivante).

En conséquence, un retard de la décision, avec l'incertitude qui en résulte, entraîne assez rapidement des conséquences dommageables pour bpost. Un retard de seulement quelques semaines peut déjà mettre en péril l'implémentation des nouveaux tarifs pour le 1^{er} janvier de l'année suivante, même si l'IBPT finit par approuver les tarifs proposés. Or en l'occurrence, la décision contestée a été adoptée trois mois *après* la date à laquelle les tarifs étaient censés entrer en vigueur.

- 67 Le délai relativement court d'un mois prévu par la loi indique aussi que le législateur concevait la décision comme une décision de routine, faisant une application presque mécanique de critères

⁴⁸ Ce qui n'a pas empêché l'IBPT de demander à bpost au cours de septembre des informations supplémentaires, nécessaires pour appliquer la méthodologie de WIK

⁴⁹ Le rapport final de WIK n'a d'ailleurs pas été communiqué à bpost et bpost n'en a pu prendre connaissance que suite à une demande d'accès au dossier administratif.

préétablis. C'est dire que la procédure, avec son échéancier strict, ne se prête pas à l'introduction de notions et de méthodologies totalement nouvelles, sur lesquelles bpost n'a encore jamais eu l'occasion de faire valoir son point de vue, et qui constituent d'ailleurs une rupture avec la pratique antérieure de l'IBPT (voir le développement du cinquième moyen). Or, en l'occurrence, le premier projet de décision introduisait pour la première fois une définition du principe de l'orientation sur les coûts ainsi qu'une nouvelle méthodologie pour l'application de ce principe aux propositions tarifaires de bpost. Comme nous le verrons plus loin dans le développement du cinquième moyen, ces nouvelles définition et méthodologie n'étaient pas prévisibles. L'approche proposée suscite en outre des problèmes méthodologiques complexes en ce qui concerne l'évaluation de la « marge raisonnable », comme en témoigne d'ailleurs le changement d'approche entre le premier et le deuxième projet de décision.

68 En introduisant une nouvelle définition du concept d'orientation ainsi qu'une nouvelle méthodologie pour son application dans un projet de décision appliquant déjà cette définition et cette méthodologie à la demande d'augmentation tarifaire pour 2017, l'IBPT n'a pas agi en autorité administrative prudente et raisonnable et a violé les droits procéduraux de bpost. En effet, l'IBPT a ainsi placé bpost dans une situation où une défense vigoureuse de ses intérêts entraînerait inévitablement un retard de la prise de décision, avec toutes les conséquences dommageables que cela impliquait pour bpost. bpost se trouvait confrontée à une décision que l'IBPT avait préparée pendant des mois avec l'aide d'un consultant, sans la moindre transparence. Cette décision soulevait de surcroît des problèmes complexes, tant sur le plan des principes que sur le plan de la méthodologie, et nécessitait donc une réponse fouillée et bien étayée.

69 Le moins que l'on puisse dire donc, c'est que l'approche de l'IBPT a placé bpost dans une situation peu confortable, où elle ne pouvait pas défendre librement ses intérêts, c'est-à-dire sans subir des pressions diverses et sans encourir des dommages du fait que ses efforts pour défendre ses intérêts ne pouvaient que prolonger sa situation incertaine. La situation ne s'est pas améliorée lorsque l'IBPT lui a communiqué son deuxième projet de décision le 22 décembre 2016, c'est-à-dire moins de dix jours avant le 1^{er} janvier 2017, date à laquelle les nouveaux tarifs auraient dû entrer en vigueur. [REDACTED]

Ce deuxième projet nécessitait donc un nouvel examen approfondi de ses implications par bpost. À ce moment, une décision en temps utile n'était plus possible et, encore une fois, les efforts de bpost pour défendre ses intérêts avec vigueur ne pouvaient que retarder la décision finale. Votre Cour pourra d'ailleurs constater que dans la décision contestée, l'IBPT prend prétexte des « observations très nombreuses de bpost » pour justifier le retard dans la décision.⁵²

70 Pour que le droit d'être entendu ne soit pas vidé de son sens, il faut que les arguments que la personne concernée fait valoir à propos de la décision envisagée soient au moins potentiellement susceptibles de changer l'avis de l'autorité administrative.⁵³ Cela implique aussi que ce droit doit pouvoir s'exercer

⁵⁰ Notons en passant que l'IBPT s'est parfois permis des libertés avec la note méthodologique de WIK sans s'en expliquer ou justifier. Ainsi, dans l'annexe 5 de la décision contestée, p. 75, figure 12, l'IBPT a modifié le schéma de WIK (annexe 2, schéma 7 à la p. 62) [REDACTED].

⁵¹ Décision contestée, Annexe 2, p. 59.

⁵² Décision contestée, pt. 50.

⁵³ Votre Cour relèvera d'ailleurs que l'IBPT a effectivement partiellement changé d'approche entre le premier et le deuxième projet de décision, ce qui prouve (pour autant que besoin) que les observations de bpost n'étaient pas inutiles ou purement dilatoires.

dans des circonstances qui ne causent pas à la personne concernée un préjudice qui est irréversible même si l'autorité change effectivement d'avis et lui donne raison. Or, en l'occurrence, il est évident que tel n'a pas été le cas. Même si l'IBPT avait finalement approuvé l'augmentation tarifaire proposée par bpost, il aurait été impossible de revenir dans le temps et appliquer les nouveaux tarifs à partir du 1^{er} janvier 2017. L'article 144bis, §2 de la Loi de 1991 stipule d'ailleurs que « toute modification apportée aux conditions d'offre des produits et services doit être portée à la connaissance des utilisateurs avant son entrée en application ». Même si une application rétroactive de nouveaux tarifs était possible en pratique (ce qui n'est pas le cas), elle ne serait donc pas permise.

- 71 Certes, une fois que le délai d'un mois prescrit par l'article 144ter, §2, 2^e alinéa de la Loi de 1991 était dépassé, l'IBPT était hors délai pour prendre la décision et bpost pouvait en principe augmenter ses tarifs, puisque le silence de l'IBPT n'a pas d'effets juridiques et ne constitue donc ni une approbation, ni un rejet de l'augmentation proposée (voir le développement du deuxième moyen). Toutefois, bpost ne pouvait se faire qu'« à ses propres risques et périls » vu la compétence de l'IBPT pour le contrôle *a posteriori* des tarifs des services universels. L'IBPT se considérait d'ailleurs manifestement encore compétent pour procéder à l'adoption de la décision. Une adaptation unilatérale des tarifs aurait donc engendré une escalade entre bpost et l'IBPT, que bpost a préféré éviter afin de maintenir de bonnes relations avec le régulateur.
- 72 L'IBPT aurait parfaitement pu éviter de placer bpost dans ces circonstances peu propices à l'exercice de son droit d'être entendu. En effet, le principe de l'orientation sur les coûts est inscrit dans la Loi de 1991 depuis plus de dix ans et l'IBPT a été investi d'une compétence de contrôle *ex ante* de la conformité des tarifs des produits du panier des petits utilisateurs depuis 2011 (et auparavant déjà d'une compétence de contrôle *a posteriori*). Il n'y avait donc pas d'urgence soudaine à appliquer le principe de l'orientation sur les coûts à la proposition tarifaire de bpost pour 2017. Rien n'empêchait l'IBPT de démarrer plus en amont le processus d'élaboration d'une méthodologie pour l'application de ce principe aux demandes d'augmentations tarifaires de bpost. Pour respecter pleinement les droits de bpost, l'IBPT aurait pu et dû travailler en deux temps : d'abord, élaborer la méthodologie, en impliquant bpost dans le processus, ou à tout le moins en accordant à celle-ci l'occasion de faire valoir ses arguments sans contrainte, et ensuite, appliquer cette méthodologie à la prochaine demande d'augmentation tarifaire de bpost. En sautant la première étape, l'IBPT a indûment restreint les droits procéduraux de bpost alors qu'il n'y avait aucune urgence particulière à agir de la sorte.
- 73 En plus de restreindre indûment le droit d'être entendu de bpost, on peut considérer que l'IBPT a également violé son obligation de « fair play ». Le devoir de « fair play » de l'administration implique que l'administration doit s'abstenir de toute manœuvre délibérée pour rendre plus difficile à l'administré l'exercice de ses droits procéduraux et/ou la défense de ses intérêts.⁵⁴ On peut en effet considérer que l'IBPT a placé bpost dans des circonstances dont elle savait (ou ne pouvait ignorer) qu'elles empêcheraient bpost de défendre ses intérêts sans contrainte indue.
- 74 Il convient donc de constater que l'IBPT n'a pas agi en autorité administrative raisonnable et prudente en ce qui concerne la procédure d'adoption de la décision, qu'il a méconnu son devoir de « fair play » et qu'il a indûment restreint le droit de bpost à être entendu.
- 75 Par conséquent, le troisième moyen, en sa deuxième branche, est fondé.

⁵⁴ Cf. C.E. n° 177.513 du 3 décembre 2007, pt. 5.3 ; C.E. n° 210.435 du 17 janvier 2011, pt. 15. Sur le principe de « fair play », voir M. Van Damme, « Goede trouw van burger en bestuur », *RW* 1989-90, n° 33, 1115-1116.

3.5 Quatrième moyen d'annulation : violation de l'article 12, de la Directive Postale et/ou de l'article 144ter de la Loi de 1991

76 La décision contestée viole la législation postale en ce qu'elle est basée sur une interprétation erronée du principe de l'orientation sur les coûts.

77 Ni la Directive Postale ni la Loi de 1991 ne définissent la notion d'orientation sur les coûts. Dans ces circonstances, il convient d'interpréter cette notion à la lumière de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que « *pour définir le principe d'orientation sur les coûts [...], il convient de tenir compte non seulement des termes de celui-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation qui le prévoit* ». ⁵⁵ Il s'ensuit que toute interprétation du principe de l'orientation sur les coûts qui ne s'accorde pas avec son contexte ou qui va à l'encontre des objectifs de la législation postale, est à rejeter.

78 Or, comme nous le verrons ci-dessous, l'interprétation de la notion d'orientation sur les coûts préconisée dans la décision contestée, c'est-à-dire comme un (deuxième) plafond tarifaire (fixé à 15 % RoS), est non seulement manifestement incohérente avec son contexte, mais aussi manifestement contraire à plusieurs objectifs importants de la législation postale. Cette interprétation ne trouve d'ailleurs pas non plus de soutien dans les travaux préparatoires. ⁵⁶

79 En ordre subsidiaire, quand bien même la notion d'orientation sur les coûts pourrait être interprétée comme visant (également) à éviter des tarifs « excessifs » et imposant donc un (deuxième) plafond aux tarifs, ce plafond ne peut pas être fixé de manière arbitraire par l'IBPT. En l'absence de toute précision dans la loi ou ses arrêtés d'exécution de ce que constitue un prix « excessif », le seul point de référence objectif approprié est la notion de « prix excessifs » telle qu'appliquée en droit de la concurrence.

(A) Incohérence avec le contexte et avec les objectifs de la législation postale

(1) Incohérence avec le contexte

80 Le principe de l'orientation sur les coûts s'applique de manière cumulative avec les autres principes tarifaires énumérés à l'article 144ter, §1 de la Loi de 1991 (transposant l'article 12 de la Directive Postale), dont notamment le caractère abordable des tarifs, qui vise à assurer que les services soient accessibles à « *tous les utilisateurs, quel que soit le lieu géographique* ».

81 Le législateur belge a concrétisé le principe que les tarifs doivent être abordables dans un mécanisme de « *price cap* », c'est-à-dire un plafond tarifaire, limitant les augmentations tarifaires annuelles pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs. Le législateur a délégué au Roi le pouvoir de préciser les modalités précises de ce mécanisme (art. 144ter, §1^{er}, 2^e alinéa de la Loi de 1991).

82 Etant donné que le caractère abordable et de l'orientation sur les coûts des tarifs sont deux principes tarifaires distincts, mais applicables cumulativement, il est évident que le principe d'orientation sur les coûts (dont le contenu n'a pas été davantage précisé dans la loi) doit être interprété de manière à le réconcilier autant que possible avec le principe que les tarifs doivent être abordables, tel que concrétisé dans le mécanisme du « *price cap* ».

⁵⁵ CJUE, aff. C-55/06, *Arcor*, ECLI:EU:C:2008:244, pt. 57. Voir également aff. C-2/15, *DHL Express*, ECLI:EU:C:2016:880, pt. 88.

⁵⁶ Voir réponse de bpost au premier projet de décision, pièce 51 du dossier administratif, section 2.2(A) à partir de la p. 7 et réponse de bpost au deuxième projet de décision, pièce 69, section 3.3(A) à partir de la p. 36.

- 83 Or, selon l'IBPT, le principe d'orientation sur les coûts vise (aussi) à éviter que les tarifs ne soient excessifs. L'IBPT interprète le principe de l'orientation sur les coûts comme un deuxième plafond tarifaire, qu'il établit à une « marge raisonnable » de 15 % (en termes de « *return on sales* » ou rendement sur les ventes). Cette interprétation du principe de l'orientation sur les coûts comme une marge plafond (« *margin cap* ») conduit à un « double plafonnement » des tarifs, étant donné que le « *price cap* » voulu par le législateur belge pour assurer le caractère abordable des tarifs impose déjà une limite supérieure aux tarifs.
- 84 Ce « double plafonnement » a pour conséquence de mettre les deux principes systématiquement en conflit et de rendre en tout état de cause un des deux redondant. En effet, par la force des choses, l'un des deux plafonds sera toujours plus bas que l'autre (la probabilité que les deux plafonds se situent au même niveau étant, en tout cas, extrêmement réduite). Actuellement, le « *margin cap* » de 15 % RoS se situe plus bas que le « *price cap* » qui résulte de la formule de l'article 31 de l'AR du 11 janvier 2006. Toutefois, si les coûts de bpost devaient connaître une augmentation importante, par exemple en raison de la diminution des volumes de courrier, la situation pourrait aussi être inversée. Dans tous les cas, la question se pose lequel des deux plafonds prévaut. Dans la décision contestée, l'IBPT indique que ce serait toujours le plus bas des deux.⁵⁷
- 85 Cette interprétation ne s'accorde pas avec son contexte dans la mesure où elle introduit, sans habilitation législative, un deuxième plafond tarifaire qui restreint très considérablement la portée du mécanisme du « *price cap* » voulu par le législateur. Il n'est pas admissible qu'une autorité administrative autonome politiquement non responsable telle que l'IBPT, sous prétexte d'« interpréter » une notion non définie par la loi, invente un tout nouveau mécanisme de contrôle des prix qui se substitue à celui voulu par le législateur et le rend inopérant (sauf dans des cas qui, du moins à court terme et fort heureusement d'ailleurs, restent purement théoriques).
- 86 Il n'est pas non plus concevable que le législateur ait prévu un mécanisme spécifique de contrôle des augmentations tarifaires de bpost (c.-à-d. le « *price cap* ») qui ne s'appliquerait que dans certains cas spécifiques, de manière subsidiaire en quelque sorte, et qui ne serait pas destiné à s'appliquer de manière générale. Cette hypothèse ne trouve en tout cas aucun soutien, ni dans le texte de la loi, ni dans les travaux préparatoires. Or, on peut légitimement supposer que, si tel était l'intention du législateur, il l'aurait rendue explicite. Il est d'ailleurs révélateur que, dans la décision contestée, l'IBPT déplore que « [l]e niveau actuel du *price cap* est élevé (notamment grâce aux boni de qualité dont bpost a bénéficié dans le passé) et a permis à bpost de faire d'importants bénéfices ». ⁵⁸ On aperçoit là que le véritable motif de son intervention réside dans sa frustration par rapport à un « *price cap* » qu'il considère (à tort d'ailleurs) comme trop avantageux pour bpost, mais qu'il n'a jusqu'ici pas réussi à faire modifier. Il n'appartient toutefois pas à une autorité de régulation indépendante de pallier à ce qu'elle perçoit (à tort ou à raison) comme une carence du régime légal existant par une intervention *de lege ferenda*, s'arrogeant ainsi les prérogatives du pouvoir législatif et/ou exécutif (voir le développement du premier moyen). L'IBPT doit se borner à appliquer la législation telle qu'elle existe, sans préjudice évidemment de son droit de faire éventuellement des recommandations au gouvernement pour améliorer celle-ci.
- 87 Une autre interprétation du principe de l'orientation sur les coûts, qui se réconcilie bien mieux avec le principe que les tarifs doivent être abordables, tel que concrétisé dans le mécanisme du « *price cap* »,

⁵⁷ Décision contestée, pt. 102.

⁵⁸ Décision contestée, pt. 100.

est d'ailleurs possible. En effet, si on interprète ce principe comme une exigence que les tarifs couvrent les coûts sous-jacents, c'est-à-dire comme un *plancher* tarifaire au lieu d'un *plafond* tarifaire, les deux principes, loin d'entrer constamment en conflit, peuvent jouer un rôle complémentaire : le caractère abordable en protégeant les consommateurs contre des tarifs excessifs, assurant ainsi l'accessibilité du service universel ; et le principe de l'orientation sur les coûts en protégeant la concurrence contre des prix prédateurs, contribuant ainsi également à assurer la viabilité financière du service universel. Les deux principes définissent ainsi les limites supérieures et inférieures entre lesquelles le PSU peut librement fixer ses prix. Dans cette approche, la question de savoir lequel des deux principes doit l'emporter sur l'autre ne serait à l'ordre du jour que dans un cas extrême, où les coûts du PSU augmenteraient à ce point qu'un prix orienté sur les coûts (c.-à-d. couvrant les coûts) se situerait au-dessus du niveau admis par le « price cap » (et ne serait donc pas considéré comme abordable). Ce scénario – heureusement peu probable en l'état actuel des choses – a été envisagé dans le rapport au Roi accompagnant l'AR du 11 janvier 2006, dans un passage que l'IBPT essaie en vain de détourner de son sens⁵⁹ et qui (à l'encontre de l'approche de l'IBPT selon laquelle c'est toujours le plafond le plus bas qui l'emporte) souligne surtout le souci d'éviter que les prix ne couvrent pas les coûts :

« Au cas où il s'avérerait que suite à une analyse par le prestataire du service universel désigné de ses propres coûts, l'augmentation tarifaire demandée irait au-delà de l'augmentation autorisée des indices santé ou à la consommation, l'Institut veillera à concilier le respect des deux principes en s'attachant spécialement à l'orientation des tarifs en fonction des coûts. »⁶⁰

Cette citation confirme que dans l'esprit du législateur, c'est le « price cap » qui constitue le « plafond » tarifaire et l'orientation sur les coûts qui constitue le « plancher » tarifaire. Une interprétation du principe de l'orientation sur les coûts comme un « plancher » tarifaire visant à éviter des prix prédateurs, permet aussi d'éviter le « double plafonnement » des tarifs critiqué ci-dessus, qui conduit au résultat incongru de rendre inefficace le mécanisme du « price cap » voulu par le législateur belge.

(B) Interprétation contraire aux objectifs du cadre réglementaire du secteur postal

- 88 En plus d'être incohérente avec son contexte et en particulier avec le caractère abordable tel que concrétisé dans le mécanisme du « price cap », l'interprétation du principe de l'orientation sur les coûts préconisée dans la décision contestée va également à l'encontre des principaux objectifs du cadre réglementaire du secteur postal, à savoir : [REDACTED] et la promotion de la concurrence.

⁵⁹ bpost tient d'ailleurs à protester contre la manière dont l'IBPT, dans la décision contestée, travestit un passage de sa réponse au deuxième projet de décision où elle discute cette citation du rapport au Roi de l'AR du 11 janvier 2006 (voir pt. 82 de la décision contestée).

⁶⁰ M.B. du 17 janvier 2006 (éd. 2), p. 2695.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(3) Incompatibilité avec l'objectif de libéralisation et de promotion de la concurrence

103 Depuis les années '90, le secteur postal a été libéralisé en plusieurs étapes, et le marché a été entièrement ouvert à la concurrence en 2011 dans la plupart des États membres, y compris la Belgique. Depuis lors, la concurrence a pu se développer partout en Europe. En Belgique, bpost fait depuis 2013 face à la concurrence d'un nouvel opérateur postal, TBC-Post,⁷⁰ qui est un concurrent l'ensemble de la chaîne de valeur postale de la levée à la distribution (« de bout en bout »), ainsi que d'un grand nombre de prestataires de services postaux qui prennent en charge une partie de la chaîne de valeur postale. Plus récemment, on a vu l'arrivée de prestataires de services de courrier « hybride » (électronique/papier)⁷¹ et de courrier recommandé entièrement électronique.⁷²

105 En effet, le plafond de profitabilité imposé à bpost sera *de facto* le plafond de profitabilité de l'ensemble du secteur, puisque les concurrents de bpost ne peuvent évidemment pas attirer des clients en appliquant des prix plus élevés que l'opérateur historique. Ainsi, la décision réduit très considérablement la marge dont les nouveaux entrants disposent pour rentabiliser leurs opérations et investir dans le développement de leurs activités. Elle risque donc d'augmenter très considérablement les barrières à l'entrée au marché et à l'expansion dans le marché. Or, paradoxalement, l'IBPT invoque précisément l'existence de prétendues barrières à l'entrée élevées pour justifier son intervention.⁷⁴

106 En imposant un strict plafond de marge, l'IBPT adopte une approche qui a jusqu'ici été essentiellement réservée à des monopoles légaux ou à des « *bottlenecks* » monopolistiques. Cette approche révèle que l'IBPT ne croit pas au développement de la concurrence dans le segment des petits utilisateurs. Ainsi, l'IBPT observe dans la décision contestée que « *les concurrents de bpost visent surtout la clientèle de bpost bénéficiant de conventions d'envois en nombre, catégories de services non incluses dans le panier des petits utilisateurs* ». ⁷⁵

⁷⁰ TBC-Post est titulaire d'une licence postale depuis mai 2013.

⁷¹ Comme le service de recommandé hybride Web2Post de TBC-Post, <https://www.tbc-post.info/recommand%C3%A9-hybride>.

⁷² La société liégeoise IPEX vient de lancer un tel service, voir « Le recommandé électronique, la nouvelle tuile de bpost », *L'Echo* du 10 janvier 2017 (pièce 5).

⁷⁴ Décision contestée, pt. 118.

⁷⁵ Décision contestée, p. 30.

⁷⁶



107 En somme, [redacted] l'IBPT semble vouloir revenir en arrière et réguler bpost comme un monopole légal, créant ainsi des barrières quasi-insurmontables au développement de la concurrence. Son approche va ainsi aussi à l'encontre du principal objectif du cadre réglementaire européen, à savoir la libéralisation complète du secteur postal.

(4) Conclusion

108 L'interprétation du principe de l'orientation sur les coûts préconisée par la décision contestée ne peut pas être conforme aux intentions du législateur belge, étant donné qu'elle crée un conflit avec le principe que les tarifs doivent être abordables (tel que concrétisé dans la législation belge par le « price cap ») et va à l'encontre de plusieurs objectifs centraux du cadre réglementaire [redacted] la promotion de la concurrence et la libéralisation complète du secteur).

109 Par contraste, une interprétation du principe de l'orientation sur les coûts comme une exigence que les tarifs couvrent les coûts sous-jacents (donc comme une limite inférieure) est parfaitement conciliable aussi bien avec le principe d'abordabilité tel qu'appliqué à travers le « price cap » (imposant une limite supérieure) qu'avec les objectifs du cadre réglementaire (car elle [redacted] ne décourage pas le développement de la concurrence). Cette interprétation serait donc à privilégier.

110 Votre Cour ne doit toutefois pas se prononcer sur l'interprétation « correcte » du principe de l'orientation pour décider si le moyen est bien fondé. Préciser le contenu de ce concept est la prérogative du législateur (et en tout cas pas celle de l'IBPT, comme discuté ci-dessus dans le développement du premier moyen). Dans le cadre du contrôle de la légalité de la décision contestée, il suffit de constater que l'interprétation préconisée dans la décision contestée ne peut pas être l'interprétation correcte, vu qu'elle est (i) incohérente avec son contexte, en particulier parce qu'elle vide de son sens le principe du caractère abordable en rendant inopérant le mécanisme prévu pour son application et (ii) ne s'accorde pas non plus avec les principaux objectifs du cadre réglementaire. Cette interprétation est donc manifestement infondée.

(C) En ordre subsidiaire : la notion de « prix excessif » ne peut être interprétée autrement qu'en droit de la concurrence

111 Même à supposer que l'IBPT a raison de considérer que le principe de l'orientation des tarifs sur les coûts vise (aussi) à éviter des prix « excessifs », encore faut-il que le critère utilisé pour décider si un prix est « excessif » soit objectif et prévisible. En l'absence de toute précision dans la loi de ce qu'il faut entendre par un tarif « orienté sur les coûts », une « marge raisonnable » ou un « prix excessif », l'interprétation donnée à ces notions ne peut pas être décidée de manière arbitraire par le régulateur,

⁷⁷ CJUE, aff. C-340/13, *bpost*, ECLI:EU:C:2015:77.

⁷⁸ Décision contestée, Annexe 5, p. 72.

sous peine de violer le principe de certitude juridique. Autrement dit, en l'absence de précisions dans le cadre réglementaire du secteur postal lui-même, le régulateur doit identifier un autre cadre de référence objectif qui permette de vérifier de manière non équivoque et prévisible pour l'entreprise concernée si les tarifs sont « excessifs » ou non. Or, en l'occurrence, l'IBPT n'a pas identifié un tel cadre de référence, ou à tout le moins pas un cadre de référence adéquat et approprié.

- 112 Dans la décision contestée, l'IBPT a déterminé la « marge raisonnable » maximale autorisée sur la base d'un benchmark des RoS des principaux prestataires de service universel européens réalisés sur les trois dernières années. Cette méthodologie s'inspire de la méthodologie utilisée par la Commission européenne dans sa décision SA.14588 (C20/2009) du 25 janvier 2012 relative au financement public de certains services d'intérêt général prestés par bpost.⁷⁹ Il s'agit donc d'une décision où la Commission a appliqué les règles en matière d'aides d'État visant à éviter la surcompensation lorsque l'autorité publique confie des missions d'intérêt général à des entreprises. Or, ceci ne constitue absolument pas un cadre de référence approprié ou adéquat pour une mesure visant à réguler des tarifs de détail, d'autant plus que les services concernés ne bénéficient jusqu'ici d'aucun financement public et qu'en outre, il existe un autre corps de règles qui a spécifiquement pour but d'éviter la surcompensation du service universel dans le cas où celui-ci bénéficierait d'un financement public (à savoir les règles concernant le calcul du coût net du service universel).
- 113 Si le cadre réglementaire du secteur postal lui-même ne fournit pas de critères pour décider ce qui constitue un prix « excessif », et que les règles en matière d'aides d'État dont l'IBPT s'est ostensiblement inspiré ne fournissent pas non plus de critères pertinents, le seul cadre de référence approprié qui soit disponible est celui du droit de la concurrence.
- 114 En effet, la jurisprudence en matière du droit de la concurrence a développé un test pour déterminer si un prix peut être considéré comme « excessif ». Selon ce test, pour qu'un prix puisse être considéré comme « excessif », il ne suffit pas de démontrer que le différentiel avec les coûts sous-jacents est important, mais encore faut-il démontrer que le prix est exorbitant par rapport à la « valeur économique » du service⁸⁰ (qui dépend aussi de facteurs du côté de la demande⁸¹).
- 115 En pratique, le caractère excessif ou non d'un prix est généralement apprécié sur la base d'une comparaison avec un marché de produits voisin (concurrentiel) ou d'autres marchés géographiques.⁸² Or, en l'occurrence, le « benchmark » repris dans la décision démontre que les prix de bpost ne sont pas excessifs, puisque les tarifs de bpost se trouvent en-dessous de la moyenne européenne et se classent même parmi les moins chers de l'Union européenne si on tient compte de la parité de pouvoir d'achat (22^e sur 31 pays européens, si on tient compte du prix du timbre à la pièce).
- 116 Encore très récemment, l'Avocat général de la Cour de justice Wahl a souligné dans ses conclusions dans l'affaire *AKKA/LAA* que « le calcul d'un prix de référence est un exercice plutôt complexe et incertain », de sorte que « si une autorité de la concurrence devait intervenir à l'égard d'une différence, même faible, entre ces deux prix, le risque d'aboutir à des faux positifs serait tout

⁷⁹ Voir décision contestée, Annexe 5, pp. 82-84 et pièce 61 du dossier administratif.

⁸⁰ CJUE, aff. 26/75, *General Motors*, ECLI:EU:C:1975:150, pt. 12; aff. 27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, pt. 250; aff. C-226/84, *British Leyland*, ECLI:EU:C:1986:421, pt. 27.

⁸¹ Commission européenne, aff. COMP/36.568, *Scandlines Sverige c. Port of Helsingborg*, décision du 23 juillet 2004, pts. 232-233.

⁸² Voir par ex. CJUE, aff. C-30/87, *Bodson c. Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225, pt. 31 ; aff. C-110/88, *François Lucazeau e.a. c. SACEM*, ECLI:EU:C:1989:326, pt. 24-25.

simplement élevé ». ⁸³ En outre, « en raison de ces difficultés et de ces incertitudes, [...] il peut être souvent difficile pour une entreprise dominante d'estimer à l'avance, avec un degré suffisant de probabilité, où se situe la ligne de séparation entre un prix compétitif légitime et un prix excessif prohibé » et que, dès lors, « pour des raisons de sécurité juridique, ce seuil ne saurait être fixé trop près du prix de référence ». ⁸⁴ C'est pourquoi l'Avocat général considère qu'un prix ne peut être qualifié d'excessif que s'il se situe « de manière significative et persistante au-dessus du prix de référence », rappelant qu'il ressort également de la jurisprudence de la Cour de justice que « toutes les différences de prix ne doivent pas être considérées comme pertinentes au sens de l'article 102 TFUE mais uniquement les écarts importants ». ⁸⁵ La pratique de la Commission européenne et des autorités de la concurrence nationales confirment également que seul un écart très important entre le prix de référence et les prix appliqués par l'entreprise dominante peut justifier la conclusion que les prix pratiqués par une entreprise dominante sont excessifs. ⁸⁶

117 Or, en l'occurrence, la décision contestée confirme elle-même très clairement que les tarifs de bpost ne se situent point « de manière significative et persistante » *au-dessus* d'un prix de référence calculé sur la base d'un « benchmark » avec les autres Etats membres de l'Union européenne, ajusté pour tenir compte des différences de pouvoir d'achat, ⁸⁷ mais bien au contraire *au-dessous* de celui-ci.

118 En outre, comme nous l'avons déjà mentionné, un écart important entre le prix et les coûts sous-jacents ne suffit pas en soi pour démontrer l'existence d'un prix « excessif » en droit de la concurrence. Les conclusions de l'Avocat général Wahl dans l'affaire *AKKA/LAA* n'abordent ce point qu'en passant, parce que cette affaire concerne des biens immatériels (des droits d'auteurs sur des œuvres musicales) pour lesquels une comparaison prix/coûts n'est guère pertinente. Il n'empêche que l'Avocat général observe à juste titre qu'« identifier les coûts et les rattacher à un produit particulier est une opération hautement complexe pour une majorité d'activités et pour de nombreuses d'entreprises » et que « [l]e calcul des marges bénéficiaires est donc un exercice plutôt incertain ». Cela est certainement aussi le cas ici, comme en témoignent les nombreuses questions méthodologiques que suscitent l'approche de l'IBPT et que bpost n'a d'ailleurs pas manqué de relever dans ses réponses aux deux projets de décision. On peut donc conclure qu'ici également, seul un différentiel très important pourrait indiquer le caractère « excessif » des prix (sans être décisif en soi).

119 C'est d'ailleurs aussi de cette manière que l'entend la Commission européenne dans sa lettre à l'IBPT. ⁸⁸ En effet, la Commission y indique qu'il s'agit d'éviter « des prix déraisonnablement élevés

⁸³ Conclusions de l'avocat général Wahl du 6 avril 2017 dans l'affaire C-177/16, *AKKA/LAA c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:286, pt. 103.

⁸⁴ *Ibidem*, pt. 104.

⁸⁵ *Ibidem*, pts. 106-107.

⁸⁶ Dans l'affaire *SACEM*, les droits d'auteur visés s'élevaient à un multiple du « benchmark » retenu (*supra*, note 82); dans l'affaire *United Brands*, la différence de prix entre le pays le plus cher et le moins cher s'élevait à 138% (*ibidem*); dans l'affaire *Aeroporti di Roma*, l'écart était de 50% à 100%; et dans l'affaire *AKKA/LAA*, 100% (Competition Council of the Republic of Latvia, « *The CC fines collective copyright management association for excessive pricing* », <http://www.kp.gov.lv/en/aktualitates-en/154-the-cc-fines-collective-copyright-management-association-for-excessive-pricing>). Dans l'affaire *Scandlines* (*supra*, note 81) la Commission a considéré que seul un prix « substantiellement » au-dessus du « benchmark » pourrait indiquer une pratique de prix inéquitables.

⁸⁷ Notons que l'avocat-général Wahl considère que, lorsqu'une autorité entreprend d'effectuer une comparaison entre les tarifs appliqués dans différents marchés géographiques, il convient de tenir compte des différentes situations économiques des pays concernés, et que l'utilisation d'un indice PPA (parité de pouvoir d'achat) constitue un instrument approprié à cette fin (*ibidem*, pt. 92).

⁸⁸ Pièce 58 du dossier administratif.

qui excèdent de loin les coûts » ou encore des prix égaux à « plusieurs fois les coûts sous-jacents ». ⁸⁹ Cela démontre que la Commission européenne interprète aussi la notion de « prix excessif » de la manière dont l'entend le droit de la concurrence et que c'est en vain que l'IBPT invoque cette lettre pour justifier son approche.

120 Dans les (rares) cas où les autorités de la concurrence ont retenu un grief de prix excessifs, la marge ⁹⁰ et/ou l'augmentation de prix ⁹¹ étaient d'ailleurs beaucoup plus élevées que dans le cas présent. Il n'y a donc pas la moindre indication de ce que les tarifs de bpost seraient « excessifs » dans le sens où l'entend le droit de la concurrence.

121 En conséquence, le quatrième moyen est fondé.

3.6 Cinquième moyen d'annulation : violation du droit à la sécurité juridique

122 Le principe de sécurité juridique implique que la teneur du droit doit être claire et prévisible, de manière à ce que chaque citoyen puisse connaître, à l'avance et de manière précise, les avantages et les inconvénients de ses actes eu égard aux règles juridiques qui s'imposent à lui. ⁹² Le principe de sécurité juridique se fonde notamment sur la circonstance que « le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme une règle fixe de conduite et d'administration et en vertu duquel les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître en son chef ». ⁹³

123 Pour les entreprises actives dans des secteurs régulés, surtout quand elles sont cotées en bourse comme bpost, la stabilité et la prévisibilité de la régulation sont d'une importance capitale. En effet, les décisions en matière d'investissements et de politique commerciale sont prises dans une perspective de plusieurs années. L'absence de stabilité et de prévisibilité de la régulation ont un effet dissuasif sur les investisseurs et peuvent donc peser lourdement sur la cotisation et l'accès au financement de l'entreprise. Lors de l'entrée en bourse de bpost en 2013, l'État belge a promis de garantir un cadre réglementaire stable pour bpost. La description détaillée de ce cadre réglementaire dans le prospectus de bpost ⁹⁴ a été validé aussi bien par le gouvernement que par l'IBPT.

⁸⁹ Pièce 58 du dossier administratif, p. 3. Traduction libre de : « *unreasonably high prices that greatly exceed costs* » et « *the price could be many times the underlying universal service specific cost* ».

⁹⁰ Par exemple, dans l'affaire NAPP décidée par l'autorité de la concurrence britannique, la marge s'élevait à 80% (*NAPP Pharmaceutical Holdings Ltd. and Subsidiaries v. Director of Fair Trading* [2002] CAT 1, 15 januari 2002). Dans l'affaire *Scandlines* (supra note 81) a rejeté la thèse du plaignant qu'un ROCE (« *return on capital employed* ») de 94% constituait « en soi » la preuve de ce que les prix étaient inéquitable.

⁹¹ Dans l'affaire *British Leyland* (supra note 80), il s'agissait d'une augmentation de prix de 600%. Dans plusieurs décisions d'autorités de la concurrence nationales, les augmentations visées étaient également très importantes : entre 665% et 2627% dans une affaire devant le Conseil de la concurrence roumain (Consiliul Concurentei, décision n° 50 du 5 septembre 2012 dans l'affaire SC Progaz P&D SA, voir A. Svetlicinii, « *The Romanian Competition Authority accepts behavioral commitments in unfair pricing case in the natural gas sector (Progaz)* », *e-Competitions* n° 50.572 ; entre 300% et 1500% dans une décision récente de l'autorité de la concurrence italienne (AGCM, A480 – « *Rincari di farmaci oncologici: Antitrust multa la multinazionale Aspen per 5 milioni di euro* », 14 octobre 2016, <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/8419-a480-rincari-di-farmaci-oncologici-antitrust-multa-la-multinazionale-aspen-per-5-milioni-di-euro.html>); 2600% dans une affaire récente devant l'autorité de la concurrence britannique (voir « *CMA fines Pfizer and Flynn £90 million for drug price hike to NHS* », <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-pfizer-and-flynn-90-million-for-drug-price-hike-to-nhs>).

⁹² J. Salmon, J. Jaumotte et E. Thibaut, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruylant 2011, t. I, n° 388 et la jurisprudence y citée.

⁹³ Cass. 3 juin 2002, *J.T.* 2002, n° 6074, 788. Voir également Cass. 14 septembre 1999, *Pas.* 1999, n° 352.

⁹⁴ Prospectus de bpost, 5 juin 2013, pièce 7.

- 124 Le principe de l'orientation sur les coûts des tarifs des services universels est inscrit dans la Loi de 1991 depuis 1999⁹⁵ et l'IBPT est compétent pour le contrôle *ex ante* de la conformité avec ce principe des augmentations tarifaires des produits appartenant au panier des petits utilisateurs depuis 2011.⁹⁶ Néanmoins, jusqu'à l'adoption de la décision contestée, l'IBPT n'a jamais donné un contenu bien concret à ce principe et a effectué tout au plus des vérifications cursives et superficielles de la conformité des tarifs avec ce principe.
- 125 Absolument rien dans la pratique antérieure de l'IBPT ne laissait prévoir la manière dont l'IBPT applique le principe de l'orientation sur les coûts dans la décision contestée, c'est-à-dire comme un principe visant à éviter des prix *excessifs* ou des marges *excessives* par l'imposition un plafond de marge fixé à 15 % RoS, [REDACTED]
- [REDACTED] La pratique antérieure de l'IBPT ne contient donc pas d'indications claires laissant deviner comment l'IBPT envisageait d'appliquer le principe de l'orientation sur les coûts, voire parfois même des indications qui vont à l'encontre de l'interprétation finalement retenue dans la décision finale.
- 126 La seule ligne de conduite claire dans la pratique antérieure de l'IBPT est que l'Institut a toujours approuvé les demandes d'augmentations tarifaires de bpost après avoir effectué une comparaison avec les autres États membres de l'Union européenne et avoir constaté que les augmentations proposées restaient (largement) au-dessous du « *price cap* ». Vu que l'IBPT avait déjà l'obligation de vérifier la conformité des tarifs avec le principe de l'orientation sur les coûts (l'IBPT affirme même qu'il s'agit d'une compétence liée), on peut considérer que l'IBPT a ainsi confirmé, au moins implicitement, que les tarifs de bpost étaient orientés sur les coûts. Or, dans la décision contestée, après avoir constaté que les tarifs belges se situent au-dessous de la moyenne européenne et que l'augmentation tarifaire demandée reste bien en deçà du « *price cap* », l'IBPT décide néanmoins de refuser la proposition tarifaire de bpost sur la base d'un critère nouveau (à savoir le plafond de marge de 15 % RoS). Pourtant, le cadre légal est resté identique et la marge de bpost sur les produits du panier des petits utilisateurs n'a pas non plus augmenté. Dans des circonstances identiques ou en tout cas très similaires,

⁹⁵ L'article 144ter a été inséré dans la Loi de 1991 par l'arrêté royal du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service en vertu de la délégation de pouvoir prévue à l'article 154bis de la même loi, inséré par la loi du 3 mai 1999.

⁹⁶ La loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, qui a modifié l'article 144ter, est entrée en vigueur le 31 décembre 2010.

⁹⁷ [REDACTED]

l'IBPT a donc soudainement pris une décision opposée. La décision contestée représente ainsi une rupture non prévisible avec la pratique antérieure de l'IBPT.

127 Dans la décision contestée, l'IBPT prétend à tort que la décision contestée était prévisible parce que, dans ses décisions de 2013, 2014 et 2015 relatives aux *pricings* 2014, 2015 et 2016, il a réservé le droit d'effectuer une analyse plus approfondie du principe de l'orientation sur les coûts ou que le contrôle de l'orientation sur les coûts fait l'objet d'une fiche dans le plan opérationnel 2016.⁹⁸ La simple annonce de l'intention de l'IBPT qu'il compte effectuer une analyse « *plus approfondie* » ou « *plus poussée* » de l'orientation sur les coûts des tarifs de bpost ne laisse pas prévoir un revirement à 180° par rapport à sa pratique décisionnelle antérieure. Cela ne laissait certainement pas prévoir que le principe de l'orientation sur les coûts serait interprété comme un plafond de marge absolu de 15 % RoS, [REDACTED]. En examinant les décisions de l'IBPT remontant à 2009,⁹⁹ Votre Cour pourra constater qu'avant l'adoption de la décision contestée, l'IBPT n'avait jamais donné d'indications claires et consistantes sur ce qu'il considérait comme une « *marge raisonnable* » et n'avait pas non plus précisé à quel niveau d'agrégation il convenait de vérifier l'orientation sur les coûts des tarifs. Comment l'IBPT peut-il d'ailleurs soutenir que sa décision était prévisible, quand il a encore changé d'approche entre son premier et deuxième projet de décision ?

128 bpost considère dès lors que l'IBPT a violé le principe de sécurité juridique à un double titre : d'une part, en adoptant une décision qui rompt de manière radicale et non prévisible avec sa pratique décisionnelle antérieure, en l'absence de toute modification du cadre réglementaire ou de tout autre élément objectif justifiant cette rupture ; et d'autre part, en laissant bpost dans le doute pendant plus de dix ans sur l'interprétation qu'il convenait de donner au principe de l'orientation sur les coûts, de sorte que bpost n'était pas en mesure d'adapter sa politique tarifaire en fonction de cette interprétation. La décision contestée implique d'ailleurs que les augmentations tarifaires précédentes de bpost, que l'IBPT a pourtant approuvées (avant 2013 même sans la moindre réserve), étaient potentiellement en tout ou en partie non conformes au principe de l'orientation sur les coûts. bpost n'avait donc non seulement pas la possibilité d'adapter son comportement pour éviter la situation dans laquelle elle se trouve maintenant en conséquence de la décision contestée, c'est-à-dire un gel de ses tarifs pour potentiellement plusieurs années, mais a même été encouragée par les décisions précédentes de l'IBPT à poursuivre une politique tarifaire qui lui a maintenant valu de se voir infliger cette décision négative.

129 Par conséquent, le cinquième moyen est fondé.

3.7 Sixième moyen d'annulation : défaut de motivation matérielle (erreur manifeste d'appréciation) et/ou formelle

130 Tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en fait comme en droit¹⁰⁰ (obligation de motivation matérielle des actes administratifs).¹⁰¹ L'administration doit baser sa décision sur des motifs de fait exacts et ont été régulièrement qualifiés et appréciés.¹⁰² Les éléments de fait sur lesquels l'administration fonde sa décision doivent non seulement être matériellement exacts, mais aussi de nature à justifier en raison la mesure prise.¹⁰³

⁹⁸ Décision contestée, pts. 143-147.

⁹⁹ Pièces 8 à 15.

¹⁰⁰ Voir par ex. C.E. n° 234.504 du 25 avril 2016, Chikhaoui c. ville de Gembloux.

¹⁰¹ J. Salmon, J. Jaumotte et E. Thibaut, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, t. 1, Bruylant 2014, n° 371 et la jurisprudence y citée.

¹⁰² C.E. n° 118.951 du 30 avril 2003, ASBL CHU Tivoli c. Etat belge.

¹⁰³ C.E. n° 119.203 du 9 mai 2003, Bevierre c. Commune de Momignies et Etat belge.

131 En outre, en vertu de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif de portée individuelle doit indiquer, dans l'acte, les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Cette motivation doit être *adéquate*, c'est-à-dire qu'elle doit fonder raisonnablement la décision concernée.¹⁰⁴ Plus le pouvoir discrétionnaire de l'auteur de l'acte est large, plus la motivation formelle de cet acte se doit d'être précise en devant refléter et justifier les étapes du raisonnement de l'autorité administrative.¹⁰⁵

(A) Défaut de motivation matérielle (erreur manifeste d'appréciation)

132 La décision contestée est entièrement basée sur la thèse que bpost est non seulement en mesure d'appliquer des prix « excessifs » (c.-à-d. significativement au-dessus d'un niveau concurrentiel), mais que les tarifs de bpost pour les services appartenant au panier des petits utilisateurs sont effectivement « excessifs ». Cette thèse repose sur une appréciation manifestement erronée des faits.

133 D'abord, l'IBPT déduit à tort des parts de marché prétendument élevés de bpost que celle-ci dispose d'une position dominante, c.-à-d. dans une position lui permettant de se comporter indépendamment de ses clients et concurrents :¹⁰⁶

- En ce qui concerne les lettres, les tarifs de bpost sont bel et bien disciplinés par la pression concurrentielle « latérale »¹⁰⁷ émanant de la substitution avec les autres moyens de communication, en particulier les moyens de communication électroniques (« *e-substitution* »). Comme déjà mentionné ci-dessus (section 2.3), cette substitution est la cause de la diminution graduelle et irréversible des volumes.

Le déclin des volumes en raison de la substitution avec d'autres moyens de communication impose un « plafond naturel »¹⁰⁸ aux tarifs et aux augmentations tarifaires : en effet, une augmentation trop forte des tarifs risque d'accélérer encore la diminution des volumes et ne serait donc pas rentable. Une étude récente de l'IBPT lui-même confirme d'ailleurs que les services de courrier ont des élasticités de prix nettement négatives.¹⁰⁹ Le fait que bpost n'a dans le passé pas utilisé toute la marge tarifaire disponible sous le « price cap », prouve d'ailleurs aussi que les tarifs sont soumis à d'autres contraintes de prix. bpost n'est donc pas en mesure d'augmenter ses prix au-dessus d'un niveau concurrentiel (et encore moins de les y maintenir durablement). Il faut en outre souligner que le fait que deux produits ou services ont des caractéristiques matérielles très différentes, ne signifie pas nécessairement que ces produits ou services ne puissent pas être de bons substituts les uns des autres. Ce qui compte, c'est qu'ils répondent aux mêmes besoins. Ainsi, une

¹⁰⁴ Cass. 3 février 2000, *Pas.* 2000, n° 89.

¹⁰⁵ C.E. n° 154.549 du 6 février 2006, S.A. Constructions Industrielles de la Méditerranée c. Intradel.

¹⁰⁶ Selon la définition canonique de la Cour de Justice dans l'affaire *Hoffmann-Laroche* (CJUE, aff. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, pt. 38).

¹⁰⁷ Même si ces autres moyens de communication n'appartiennent peut-être pas au même marché pertinent, l'analyse concurrentielle doit tenir compte de la pression concurrentielle « latérale » qu'ils exercent. Ainsi, l'Autorité de la concurrence, dans une décision récente, a tenu compte de la « pression concurrentielle latérale » (« *zijdelingse concurrentiedruk* ») qu'exercent sur le marché des cinémas les autres moyens de consommation de films (DVD, video-on-demand, etc.). Voir décision 16-IO-12 du 25 mars 2016, *Kinopolis-Utopia*.

¹⁰⁸ Voir Copenhagen Economics, Pricing behaviour of postal operators (décembre 2012), <http://www.copenhageneconomics.com/publications/publication/pricing-behaviour-of-postal-operators>, p. 256.

¹⁰⁹ Communication du Conseil de l'IBPT du 24 octobre 2016 concernant les résultats de l'étude des élasticités des produits postaux sur le marché postal belge, <http://www.ibpt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/communication-du-conseil-de-l-ibpt-du-24-octobre-2016-concernant-les-resultats-de-l-etude-des-elasticites-des-produits-postaux-sur-le-marche-postal-belge> (pièce 16).

facture électronique envoyée par e-mail ou mise à disposition via l'Internet, est clairement un très bon substitut fonctionnel d'une facture en papier classique, envoyée par courrier.

- Le segment des colis est concurrentiel. L'IBPT lui-même a reconnu que ce segment « attire de nombreux prestataires et assure une concurrence solide » et qu'« outre bpost, les opérateurs privés alternatifs sont également clairement très actifs sur le segment des colis et des envois express, de même que les prestataires du service universel des pays voisins, qui sont souvent présents sur notre marché par l'intermédiaire d'une filiale ». ¹¹⁰ Dans la décision contestée elle-même, l'IBPT concède que le segment des colis subit « une pression concurrentielle plus importante » que l'activité de courrier, sans expliquer pourquoi les colis sont néanmoins traités de la même manière. bpost est d'ailleurs un acteur relativement petit dans le secteur des envois express et colis, ses revenus ne représentant qu'environ 15 % du chiffre d'affaires estimé du secteur en Belgique. ¹¹¹

134 L'IBPT exagère en outre fortement les barrières à l'entrée des marchés. ¹¹² Ainsi, en ce qui concerne les prétendues barrières légales, l'IBPT sait parfaitement que les obligations opérationnelles de licence, comme les obligations relatives à la couverture territoriale ou la fréquence passage, restent lettre morte en pratique et devraient être abolies prochainement par la nouvelle loi postale. ¹¹³

L'IBPT sort aussi de son rôle lorsqu'il critique les dispositions légales visant à créer un « *level social playing field* » et à éviter le « *dumping* » social dans le secteur postal, car il n'appartient pas à un régulateur sectoriel de prendre position sur la législation sociale belge. En ce qui concerne d'autre part les prétendues barrières à l'entrée économiques, plusieurs études économiques ¹¹⁴ ainsi que l'expérience dans d'autres États membres ¹¹⁵ démontrent que notamment les économies d'échelle ne constituent pas un obstacle significatif à l'entrée et l'expansion sur les marchés postaux, dans la mesure où les opérateurs alternatifs, qui ne supportent pas le fardeau des obligations du service universel, ont beaucoup plus de flexibilité que le PSU pour cibler les groupes de clients, les zones géographiques et les produits les plus attractifs (ce qui crée d'ailleurs un risque d'écroulement du marché pour le PSU

¹¹⁰ Communication de l'IBPT du 30 novembre 2016 concernant l'observatoire du marché des activités postales en Belgique pour 2015 (pièce 17).

¹¹¹ bpost conteste la pertinence de la segmentation du marché en colis B2B (« business-to-business », entre entreprises), B2C (« business-to-consumer », entreprise-consommateur) et C2X (consommateur-autres), préconisée par l'IBPT.

¹¹² Décision contestée, pts. 118-119.

¹¹³ La Commission européenne a mis la Belgique en demeure d'abolir les conditions opérationnelles de licence, qu'elle considère comme un obstacle au développement de la concurrence. Le ministre compétent pour le secteur postal a annoncé qu'il tiendra compte des objections de la Commission dans la nouvelle loi postale qui est actuellement en préparation (voir « De Croo gaat rekening houden met Europese kritiek », BELGA, 27 avril 2017, pièce 18).

¹¹⁴ P.W.J. de Bijl, E. van Damme et P. Larouche, « Regulating Access to Stimulate Competition in Postal Markets », Tilec Discussion Paper, Vol. 2005-2006, <https://pure.uvt.nl/ws/files/711521/regulating.pdf>, pp. 11-13 (également publié dans M. Crew et P. Kleindorfer (eds.), *Progress Toward Liberalisation of the Postal and Delivery Sector*, pp. 153-172); H. Okholm, A. Möller et B. Basalisco, « Regulatory developments in post and telecommunications: a tale of two industries », <http://www.copenhageneconomics.com/publications/publication/regulatory-developments-in-post-and-telecommunications-a-tale-of-two-industries>, p. 11, également publié dans M. Crew et T. Brennan (eds.), *Postal and Delivery Innovation in the Digital Economy*, pp. 169-189.

¹¹⁵ Cf. par exemple l'opérateur alternatif Sandd aux Pays-Bas, qui a su conquérir une part de marché de plus de 20% (« Sandd ziet marktaandeel groeien », *De Telegraaf*, 2 décembre 2014, pièce 19).

¹¹⁶ Ainsi, une étude concernant les Pays-Bas (un pays similaire à la Belgique en termes de taille et de densité de population) conclut qu'un prestataire de services postaux « de bout en bout » sur le marché postal néerlandais ne devrait conquérir que 3% du volume de courrier total pour faire concurrence à PostNL sur la base d'une fréquence de distribution de deux jours par semaine (le minimum requis par les conditions de licence belges). L. Kok, F. Felsö, E. Dykmann, H. Strikwerda, « Tante Pos

Il est d'ailleurs assez paradoxal que l'IBPT invoque l'existence de barrières à l'entrée prétendument élevées pour justifier une décision qui créera une nouvelle barrière à l'entrée (voir le développement du quatrième moyen, section 3.5(B)(3) ci-dessus).

- 135 Quoi qu'il en soit, même des parts de marché élevées et des barrières à l'entrée significatives, à les supposer établies, ne constituent que des indices de l'existence d'une position dominante, mais pas en soi la preuve de celle-ci.¹¹⁸ Ces indices ne sont pas nécessairement déterminants, notamment en présence d'autres facteurs disciplinant le comportement de l'entreprise concernée, comme en l'occurrence. Que ce soit dans le segment des lettres ou dans celui des colis, les tarifs de bpost sont bien soumis à de fortes pressions concurrentielles et bpost n'a donc pas la capacité de se comporter indépendamment de ses concurrents et de ses clients, voire d'appliquer des tarifs « excessifs » (c'est-à-dire des prix qui se situent de manière « significative et persistante » au-dessus du niveau concurrentiel).
- 136 Deuxièmement, quand bien même bpost aurait la *capacité* d'appliquer des prix « excessifs » (*quod non*), l'IBPT ne fournit pas la preuve de ce que les tarifs de bpost soient effectivement « excessifs » dans une interprétation raisonnable de ce terme. Le « *benchmark* » avec les autres États membres reproduit dans la décision¹¹⁹ démontre au contraire que les tarifs belges sont au-dessous de la moyenne européenne. En outre, le tarif de base s'applique à une tranche de poids jusqu'à 50g, alors que dans la plupart des pays européens la tranche de poids la plus basse est limitée à 20g. Si on tient compte de ce facteur, la Belgique se classe en 20^e position sur 28 États-membres. Comme on l'a vu ci-dessus (section 2.3), les tarifs de bpost se situent non seulement au-dessous de la moyenne européenne mais ont aussi augmenté moins les dix dernières années que la moyenne européenne. De même, les tarifs pour les services de colis nationaux de bpost se situent également au-dessous de la moyenne européenne.
- 137 Troisièmement, l'IBPT ne prend pas en compte que la rentabilité actuelle de bpost n'est pas attribuable à des prix excessifs ou des augmentations de prix exagérées, mais essentiellement à ses efforts pour améliorer son efficacité. bpost est parmi les opérateurs postaux les plus efficaces de l'Europe. Le fait que ses augmentations de prix sont toujours restés bien en deçà du maximum autorisé par le « *price cap* », prouve en outre que bpost a partagé une partie de ces gains d'efficacité avec ses clients. Étant donné que le niveau de prix de bpost se trouve en 20^e position dans le classement des États membres de l'Union européenne (donc sur 28), la marge bénéficiaire ne s'explique pas par des prix exorbitants, comme le suggère l'IBPT, mais bien par une efficacité supérieure qui résulte des investissements consentis par bpost ces dernières années afin de s'armer contre le double défi de la libéralisation du secteur postal et de la substitution croissante avec les autres moyens de communication (notamment électroniques). Ces investissements ont conduit à une automatisation accrue des processus et une augmentation substantielle des lettres traitées par travailleur.

(continued...)

krijgt concurrentie: effecten van de liberalisering van de postmarkt», Onderzoek in opdracht van het ministerie van Economische Zaken, septembre 2003, http://www.seo.nl/uploads/media/697_Tante_Pos_krijgt_concurrentie.pdf, p. 29.

117

118 Cf. J. Faull & A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford University Press 2014, n° 4.155 et svv.

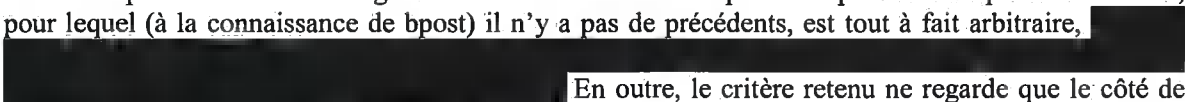
119 Décision contestée, tableau 4 à la p. 15.

138 Il faut souligner que l'existence de marges élevées *peut* indiquer, mais n'indique pas *nécessairement* un manque de concurrence. En effet, une entreprise peut réaliser des marges plus élevées même dans un marché très concurrentiel, si elle est plus efficace que ses concurrents et/ou si la qualité de ses produits ou services est perçue comme supérieure par les consommateurs.¹²⁰ En l'occurrence, bpost parvient à réaliser des marges plus élevées que ses homologues dans la plupart des autres pays européens, à des prix comparables ou inférieurs. C'est un indice clair d'une efficacité supérieure et il serait tout à fait contre-productif de pénaliser bpost pour cette raison.

139 Dans une vaine tentative de réconcilier sa thèse selon laquelle les tarifs de bpost seraient « excessifs » avec le constat que le prix du timbre en Belgique est parmi les moins chers d'Europe, l'IBPT avance qu'en raison de « *la forte densité de population et les conditions géographiques assez favorables* », la Belgique serait « *un pays relativement peu coûteux pour la distribution du courrier en comparaison avec des pays comme la France ou l'Italie par exemple* », et que dès lors « *il ne serait pas illogique que la Belgique se retrouve parmi les pays où le timbre est le moins cher* ». ¹²¹ Cet argument ne convainc pas,



140 L'IBPT considère qu'un prix est « excessif » dès lors que la marge excède 15 % RoS, et ce, sur la base d'une comparaison avec les marges d'un échantillon d'autres opérateurs postaux européens. Ce critère, pour lequel (à la connaissance de bpost) il n'y a pas de précédents, est tout à fait arbitraire,



En outre, le critère retenu ne regarde que le côté de

¹²⁰ Ainsi, dans le marché des « smartphones », qui est très concurrentiel avec un grand nombre de fournisseurs, Apple a réalisé en 2016 une marge brute de l'ordre de 30 à 40% et a capturé plus de trois quarts des bénéfices de l'ensemble du secteur (sources : <http://fortune.com/2016/08/23/apple-samsung-smartphone-profits/>; <http://www.cnn.com/2016/11/23/apple-captures-record-91-percent-of-global-smartphone-profits-research.html>; <https://www.macrumors.com/2017/03/07/apple-global-smartphone-profit-2016-79/>). Pourtant, Apple n'est que le deuxième producteur mondial (derrière Samsung) avec une part de marché de moins de 20% (voir <http://www.gartner.com/newsroom/id/3609817> et <http://www.idc.com/promo/smartphone-market-share/vendor>).

¹²¹ Décision contestée, pt. 123.



l'offre sans se demander s'il y a un problème du point de vue de la demande, voire ignorant délibérément le fait qu'il n'y a *pas* de problème du côté de la demande.

141 La décision est dès lors basée sur une appréciation manifestement incorrecte des faits. bpost n'est manifestement pas en mesure de fixer ses prix indépendamment de ses concurrents et de ses utilisateurs, et quand bien même elle en serait capable, ses prix ne sont manifestement pas « excessifs » dans une interprétation raisonnable du terme (voir aussi le développement du quatrième moyen, section 3.5(C) ci-dessus). L'IBPT ne démontre donc pas que les tarifs de bpost sont problématiques. À défaut d'une démonstration convaincante de l'existence du problème que la décision contestée est censée remédier, cette décision n'est pas justifiée en raison.

(B) Défaut de motivation formelle

142 Même à considérer que la manière dont les motifs de fait ont été appréciés n'est pas déraisonnable, il convient de constater que l'IBPT n'a pas motivé dans la décision pourquoi certains éléments de fait allant à l'encontre de son appréciation n'étaient pas de nature à modifier ses conclusions. La motivation (formelle) de la décision contestée est lacunaire et, partant, inadéquate à au moins deux égards :

- D'abord, l'IBPT déduit des parts de marché prétendument élevées de bpost et de la prétendue existence de barrières élevées à l'entrée sur le marché que bpost est en mesure d'appliquer des prix « excessifs » (c'est-à-dire des tarifs se situant durablement au-dessus du niveau concurrentiel). Or, ceci ne découle pas de cela. L'IBPT ignore à tort la contrainte concurrentielle de la baisse constante des volumes (voir section 2.3) et le fait que le « *benchmarking* » avec les tarifs dans les autres États membres repris dans la décision elle-même démontre que les prix ne sont pas excessifs. En outre, l'IBPT ignore le fait que les tarifs de base de bpost sont valables pour des envois jusqu'à 50g alors que la tranche de poids inférieure dans la plupart des pays du « *benchmark* » est plus limitée (en règle générale à seulement 20g).
- En outre, l'IBPT déduit à tort des marges prétendument élevées de bpost que les tarifs sont excessifs. Ici encore, il y a une lacune dans le raisonnement, car l'IBPT ne prend pas en considération la possibilité que la rentabilité de bpost puisse également s'expliquer, non pas par des prix excessifs ou des augmentations de prix exagérées, mais par les efforts soutenus de bpost pour améliorer l'efficacité de ses opérations, comme les chiffres de différence de productivité le démontrent.

143 La motivation de la décision n'est donc pas adéquate dans la mesure où elle repose sur des déductions, sinon erronées, en tout cas lacunaires, et omet de prendre en considération des éléments de fait essentiels. À tout le moins, l'IBPT aurait dû expliquer dans la décision contestée pourquoi la pression concurrentielle émanant des autres médias de communications et le haut degré d'efficacité de bpost ne sont pas susceptibles de modifier sa conclusion que bpost applique, ou est en mesure d'appliquer, des tarifs « excessifs ».

144 Par conséquent, le sixième moyen est fondé.

3.8 Septième moyen d'annulation : violation du principe de proportionnalité et du raisonnable

145 En vertu du principe de proportionnalité, il est nécessaire qu'un rapport raisonnable de proportionnalité existe entre les motifs de fait fondant un acte administratif et son objet. Le contrôle de la légalité ne saurait donc se limiter à la seule vérification de l'exactitude, de la pertinence et de l'admissibilité des motifs de fait sur lesquels se fonde la décision de l'administration, mais doit également inclure un contrôle du rapport de proportionnalité entre la décision et ses objectifs. Sans entrer dans un contrôle

de l'opportunité, le juge de la légalité peut sanctionner un déséquilibre manifeste entre les intérêts en cause, notamment si l'atteinte aux intérêts particuliers est disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt public invoqué pour justifier la mesure.¹²³

146 Or, même à considérer que l'IBPT aurait correctement qualifié et apprécié les faits et que les tarifs de bpost seraient donc problématiques (*quod non*), il convient de constater que la mesure est hors de toute proportion raisonnable avec le problème allégué.

[REDACTED]

149 Il convient dès lors de constater que la décision contestée n'est pas en proportion raisonnable avec son objet et que le septième moyen est donc fondé.

¹²³ Voir par ex. C.E. n° 90.369 du 24 octobre 2000, De Proft.

PAR CES MOTIFS,


Sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable,

PLAISE À LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES :

- De lui donner acte du recours qu'elle introduit par la présente requête contre la décision du Conseil de l'IBPT du 21 mars 2017 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017 ;
- De notifier la présente requête à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), dont le siège est sis à 1030 Bruxelles, Boulevard du Roi Albert II 35, ainsi qu'au ministre ayant les services postaux dans ses attributions, M. Alexandre De Croo, Vice-premier ministre et ministre de la Coopération au développement, de l'Agenda numérique, des Télécom et de la Poste, dont le cabinet est sis à 1000 Bruxelles, Finance Tower, Boulevard du Jardin Botanique 50/61 ;
- De convoquer l'IBPT à comparaître le 07/06/2017 à 9h15, devant la Section Cour des Marchés, Chambre 19 A de la Cour d'appel de Bruxelles, en la salle 1032 du Palais de Justice, Place Poelaert, 1000 Bruxelles ;
- De déclarer le recours recevable et fondé, et en conséquence :
 - o D'annuler la décision de l'IBPT du 21 mars 2017 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017 dans son intégralité ;
 - o En ordre subsidiaire, d'annuler ladite décision dans la mesure où Votre Cour déclare fondés les moyens individuels invoqués par la requérante ;
 - o De condamner l'IBPT aux entiers dépens de la procédure, en ce compris l'indemnité de procédure.

Bruxelles, le 26 mai 2017

Pour la requérante, ses conseils,


Koro
Yvan DESMEDT
Karl STAS
avocat


Karl STAS

INVENTAIRE

1. Décision du Conseil de l'IBPT du 21 mars 2017 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017 (version confidentielle) [CONFIDENTIEL]¹²⁴
2. Diapositives Powerpoint en soutien de la requête d'appel [CONFIDENTIEL]
3. Note de politique générale – Agenda numérique du vice-premier ministre et ministre de la Coopération au développement Alexander De Croo, *Doc. parl. (Chambre) n° 54-1428/005*
4. IBPT, Projet de plan stratégique 2017-2019
5. « Le recommandé électronique, la nouvelle tuile de bpost », *L'Echo* du 10 janvier 2017
6. « TBC Post veut tailler des croupières à bpost », *Le Soir* du 21 mars 2017
7. bpost, offre publique initiale d'actions, prospectus daté du 5 juin 2013 (extrait)
8. Décision du Conseil de l'IBPT du 7 septembre 2010 concernant l'analyse de la proposition tarifaire des tarifs pleins à la pièce pour l'année 2009 [CONFIDENTIEL]
9. Décision du Conseil de l'IBPT [non datée] concernant l'analyse de la proposition tarifaire des tarifs pleins à la pièce pour l'année 2010 [CONFIDENTIEL]
10. Projet de décision du Conseil de l'IBPT du 20 septembre 2011 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost des tarifs pleins à la pièce pour l'année 2011 [CONFIDENTIEL]
11. Projet de décision du Conseil de l'IBPT du 21 octobre 2011 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost des tarifs pleins à la pièce pour l'année 2012 [CONFIDENTIEL]
12. Décision du Conseil de l'IBPT du 7 mai 2013 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost des tarifs pleins à la pièce pour l'année 2013 [CONFIDENTIEL]
13. Décision du Conseil de l'IBPT du 17 décembre 2013 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2014 [CONFIDENTIEL]
14. Décision du Conseil de l'IBPT du 8 octobre 2014 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2015 [CONFIDENTIEL]
15. Décision du Conseil de l'IBPT du 21 septembre 2015 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2016 [CONFIDENTIEL]
16. Communication du Conseil de l'IBPT du 24 octobre 2016 concernant les résultats de l'étude des élasticités des produits postaux sur le marché postal belge
17. Communication de l'IBPT du 30 novembre 2016 concernant l'observatoire du marché des activités postales en Belgique pour 2015
18. « De Croo gaat rekening houden met Europese kritiek », *BELGA*, 27 avril 2017

¹²⁴ Les documents accompagnés de la mention [CONFIDENTIEL] sont entièrement confidentiels à l'égard de tiers (mais non à l'égard de l'IBPT).

19. « Sandd ziet marktaandeel groeien », *De Telegraaf*, 2 décembre 2014