

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,  
18 CHAMBRE,

N°: 319

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

N°Rép.: 2010/1518

R.G. N° 2008/AR/2211

EN CAUSE DE :

- ✓ 1. La **S.A. MOBISTAR**, dont le siège social est à 1030 BRUXELLES, boulevard Reyers 40, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n° 0456.810.810 ;
- ✓ 2. La **S.A. KPN BELGIUM**, dont le siège social est établi à 1780 WEMMEL, avenue Reine Astrid 166, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n° 0463.193.905 ;

parties demanderesses ;

représentées par Maîtres Alexandre  
✓ VERHEYDEN, avocat à 1200 BRUXELLES,  
boulevard Brand Whitlock 165 et Philippe  
✓ LCONTE, avocat à 1150 BRUXELLES, avenue  
du Paddock 167 ;

CONTRE :

- ✓ L'**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT)**, organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1030 BRUXELLES, Ellipse Building – Bâtiment C, boulevard Albert II 35 ;  
partie défenderesse ;

Chambre 18

Audience du

25 -02- 2010

Arrêt  
interloc.  
Sine die  
(R.D.D.)

+ out 81 06 066

✓ représentée par Maîtres Sebastien DEPRE et Me. François VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

\*\*\*

### I. La procédure devant la cour

Le 18 août 2008 MOBISTAR et KPN Belgium ont déposé au greffe de la cour une requête en annulation des décisions du Conseil de l'IBPT du 11 juin 2008 concernant BROBA 2008 ADSL2+ one time fees, publiée le 18 juin 2008 (« **Décision One Time Fees** ») et du 25 juin 2008 concernant BROBA ADSL2+ rental fees, publiée le 25 juin 2008 (« **Décision Rental Fee** »), dénommées ci-après les « **Décisions Attaquées** ».

Les parties ont déposé des conclusions de synthèse et ont été entendues à l'audience publique du 15 décembre 2009.

### II. Antécédents et l'objet du recours.

1. Le présent recours concerne deux décisions par lesquelles les tarifs de l'offre de référence de BELGACOM relative à l'accès au débit binaire ADSL2+ est approuvé.

2. Par une Décision du 10 janvier 2008, l'IBPT avait sur la base de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (« **Loi du 13 juin 2008** ») désigné BELGACOM comme opérateur puissant notamment sur le marché de la fourniture en gros d'accès au débit binaire ou large bande. Il lui avait imposé entre autres une obligation de fournir des prestations d'accès de gros au débit binaire de façon non discriminatoire. A cet effet BELGACOM était tenue de publier une offre de référence (l'offre « **BROBA** », abréviation de « Belgacom Reference Offer for Bitstream Access ») permettant les opérateurs alternatifs (« **OLO** ») de faire usage de cet accès de gros.

3. Les parties requérantes sont actives notamment dans le domaine de la fourniture d'un service de détail d'accès Internet et font usage de l'offre BROBA ADSL de BELGACOM.

4. L'ADSL2+ est une variante de la technologie ADSL classique. L'ADSL2+ est plus performante et permet un débit de connexion de 24 Mbps comparé à 8 Mbps pour l'ADSL classique. Ce débit important permet notamment de nouvelles offres en matière de télévision et Internet très rapide. Dès 2005, l'IBPT a insisté pour que BELGACOM introduise la technologie ADSL2+ dans son offre BROBA aux OLO. BELGACOM ne l'a pas fait avant 2008.

Sur le plan technique l'accès au débit binaire ADSL2+ requiert que les installations dans les centraux (« **LEX** ») de BELGACOM (les « **DSLAM** ») soient équipées de cartes multimodes (« **Multi-DSL** ») auxquels les lignes des utilisateurs sont branchées. A la différence des cartes monomodes (« **Mono-DSL** ») qui permettent uniquement la fourniture des services ADSL classique, les cartes Multi-DSL permettent de fournir différents types DSL, y compris l'ADSL2+. Elles sont programmables à distance et permettent ainsi d'éviter une migration physique des lignes lors d'une évolution de l'ADSL vers l'ADSL2+.

Avant 2005 les DSLAM utilisés par BELGACOM (version ou « release » 3 et 4) étaient équipés seulement de cartes Mono-DSL. L'introduction sur le marché fin 2004 par ALCATEL de la version 4bis aurait permis à BELGACOM à partir de 2005 d'équiper progressivement cette nouvelle version de cartes Multi-DSL. Néanmoins BELGACOM a continué à équiper ces DSLAM 4bis de cartes Mono-DSL. La version 5 du DSLAM introduit également fin 2004 était équipée de cartes Multi-DSL :

BELGACOM a décidé d'installer un réseau de DSLAM version 5 et d'appliquer la technologie ADSL2+ en priorité pour la fourniture de son offre BELGACOM TV lancée en juin 2005.

Nonobstant le fait que dès 2004, l'IBPT a insisté à plusieurs reprises sur la nécessité d'intégrer la technologie ADSL2+ dans son offre BROBA, BELGACOM a jusqu'en 2008 décliné cette demande avec l'argument qu'elle utilisait les DSLAM 5 capables de donner accès au débit binaire ADSL2+ uniquement pour son offre audiovisuel.

En avril 2008, BELGACOM lance son offre télévision haute définition basée sur la nouvelle technologie VDSL2, variante de la DSL encore plus performante qu'ADSL2+. Pour les clients qui ont accès à la VDSL2, l'usage des DSLAM release 5 n'est plus requis, ce qui libère de la place sur les DSLAM version 5. Parallèlement, BELGACOM accepte d'inclure l'ADSL2+ dans son offre BROBA via les DSLAM 5.

5. L'objet du recours concerne le niveau du surcoût causé par l'utilisation du DSLAM version 5 et de la nécessité d'une migration physique de lignes. C'est à tort selon MOBISTAR et KPN Belgium que les Décisions Attaquées intègrent une partie de ce surcoût dans la fixation des tarifs BROBA ADSL2+. Les tarifs pour l'ADSL2+ et ADSL classique devaient être égaux.

### III. Les Décisions Attaquées.

#### A. La Décision One Time Fees.

6. La première décision porte sur la fixation du tarif de gros lié à la connexion de la ligne pour l'ADSL2+. Selon l'IBPT le seul élément de surcoût à prendre en compte par rapport à une connexion ADSL classique constitue les frais de migration physique vers le DSLAM version 5.

7. En ce qui concerne ce tarif de migration applicable à partir du 1 juillet 2008 l'IBPT décide que ce tarif est de 36,30 EUR avec voix et 38,30 EUR sans voix :

*Pour la détermination des tarifs de migration, l'IBPT partira donc d'une situation où les actuels clients ADSL sont raccordés aux cartes de lignes MultiDSL sur les DSLAM release 4bis. Cela signifie que la détermination de la proportion entre les migrations physiques et virtuelles tiendra compte de ce fait et que, ceteris paribus, davantage de migrations virtuelles peuvent avoir lieu qu'en réalité, une migration d'ADSL vers l'ADSL2+ étant de toute manière physique vu l'utilisation d'une autre carte De ligne. Depuis janvier 2005, [Confidentiel] clients sont connectés sur une release 4bis, soit [Confidentiel] du parc total ... L'Institut maintient donc sa proposition de prendre en compte des cartes multi-DSL à partir de fin 2004 pour la détermination du nombre de migrations virtuelles. (page 9).*

#### B. La Décision Rental Fee.

8. La seconde décision concerne le supplément du tarif de gros que BELGACOM peut appliquer à partir du 1 juillet 2008 par ligne BROBA bénéficiant de la technologie ADSL2+.

9. L'IBPT arrive sur la base d'une moyenne pondérée à un surcoût de 0,64 EUR. Aux pages 9 et 10 la décision explique les facteurs impliqués dans ce calcul :

*Pour déterminer les tarifs ADSL2+, le même modèle des coûts a été utilisé que pour ADSL et SDSL3, mais une extension a toutefois été prévue pour déterminer les composantes et volumes nécessaires pour les clients ADSL2+. (...)*

*Contrairement aux Release 4bis DSLAM, les Release 5 DSLAM contiennent des équipements qui sont spécifiquement nécessaires pour fournir des services de radiodiffusion. Ces équipements sont en d'autres termes nécessaires pour fournir Belgacom TV et n'offrent aucun avantage aux opérateurs alternatifs qui fourniraient l'Internet à large bande sur la base d'ADSL2+ via ces DSLAM.*

*(...) lors de la détermination des tarifs BROBA, il ne peut pas être tenu compte de ces équipements spécifiques à la radiodiffusion. Pour cette raison, il est fait abstraction des cartes spécifiques à la radiodiffusion qui se trouvent sur les Release 5 DSLAM ainsi que du fait que des cartes de lignes doivent être libérées spécifiquement par subrack pour pouvoir appliquer cette fonctionnalité. Compte tenu des éléments décrits ci-dessus, un surcoût de 0,94 euros est obtenu sur la base du modèle des coûts BROBA pour un utilisateur final d'ADSL2+ sur la release 5 par rapport à un utilisateur final ADSL.  
(...)*

*L'IBPT est d'avis qu'en ce qui concerne le scénario Release 4bis, il n'y a pas de raison de différencier la monthly recurring fee per end user line d'ADSL2+ par rapport à celle pour ADSL. L'ADSL2+ peut, tout comme pour ReADSL, être fourni au même tarif mensuel que l'ADSL.*

*L'Institut doit non seulement veiller à ce que l'opérateur PSM soit suffisamment indemnisé pour les investissements qu'il a réalisés, mais également à ce que les coûts encourus soient effectivement représentatifs de la manière d'agir d'un opérateur efficace. Si tel n'est pas le cas, l'Institut est obligé de n'accorder une indemnisation via les tarifs à l'opérateur PSM que pour les coûts liés à une politique efficace. L'Institut doit veiller à ce que les opérateurs alternatifs ne soient pas doublement désavantagés dans ce dossier: d'une part par le lancement tardif de l'offre BROBA ADSL2+ et d'autre part, par des frais plus élevés que nécessaire. Une moyenne pondérée est selon l'Institut la solution indiquée pour éviter des situations anticoncurrentielles.*

*Pour la détermination de la moyenne pondérée, l'IBPT partira donc d'une situation où les clients ADSL actuels sont raccordés via des cartes de lignes Multi-DSL aux DSLAM de la release 4bis et peuvent donc migrer plus facilement et sans surcoût d'ADSL vers ADSL2+.*

*(...)*

*L'Institut maintient par conséquent sa proposition de prendre en compte les cartes Multi-DSL à partir de fin 2004.*

#### IV. Le cadre réglementaire.

10. La Directive Européenne (« **Directive Accès** ») du 7 mars 2002 (2002/19/CE) trace le cadre réglementaire applicable dans son article 13 sur le contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts :

*1. Les autorités réglementaires nationales peuvent, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et les obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts, pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès, lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals. Les autorités réglementaires nationales tiennent compte des investissements réalisés par l'opérateur et lui permettent une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus.*

*2. Les autorités réglementaires nationales veillent à ce que tous les*

*mécanismes de récupération des coûts ou les méthodologies de tarification qui seraient rendues obligatoires visent à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages pour le consommateur. À cet égard, les autorités réglementaires nationales peuvent également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés concurrentiels comparables.*

*3. Lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, c'est à elle qu'il incombe de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissements raisonnable. Afin de calculer les coûts de la fourniture d'une prestation efficace, les autorités réglementaires nationales peuvent utiliser des méthodes de comptabilisation des coûts distinctes de celles appliquées par l'entreprise. Les autorités réglementaires nationales peuvent demander à une entreprise de justifier intégralement ses prix et, si nécessaire, en exiger l'adaptation.*

(...).

11. Les Décisions Attaquées sont basées sur l'article 59 §2 et 3 de la Loi du 13 juin 2005 qui met en oeuvre la Directive Accès et sur la Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriés pour le marché de gros du groupe « Accès », marchés 11 et 12 (« **La Décision Analyse de Marché** »).

Cette Décision Analyse de Marché a précisé les conditions auxquelles BELGACOM, désignée comme opérateur puissant sur le marché, est tenu de permettre aux OLO l'accès de gros à la large bande (« binaire » ou « bitstream ») de son réseau.

La législation et la Décision Analyse de Marché définissent notamment les conditions générales de transparence, de non-discrimination et d'orientation vers les coûts auxquelles l'offre de référence de BELGACOM doit répondre.

12. Les conditions commerciales (les tarifs) et techniques étaient contenues dans une offre BROBA approuvée par l'IBPT.

Par sa décision du 30 novembre 2007 l'IBPT a imposé à BELGACOM d'inclure l'ADSL2+ dans son offre de référence BROBA. BELGACOM s'y est conformée dans son projet d'offre du 18 janvier 2008 (l'offre « **BROBA ADSL2+** »).

13. En ce qui concerne l'obligation de BELGACOM d'orienter ses tarifs sur les coûts imposée par l'IBPT, l'article 62 §2 alinéa 2 de la Loi du 13 juin 2008 précise que l'IBPT doit de prendre en compte « *les coûts liés à la fourniture d'une prestation efficace, y compris le retour sur investissements raisonnable* ». Dans la Décision Analyse de Marché, l'IBPT s'engage à veiller « *à ce que seuls les coûts d'un opérateur efficace soient pris en compte dans la fixation du prix des prestations BROBA II* » (page 212).

Il s'en suit que lors de la détermination de ce que l'on entend par tarifs orientés sur les coûts, l'IBPT se laissera guider par la question de savoir si les coûts proposés par BELGACOM peuvent être justifiés du point de vue d'un opérateur efficace.

Il est essentiel que lors de l'estimation des coûts pouvant être pris en compte, l'IBPT élimine les coûts liés aux inefficacités de l'opérateur puissant et que ceux-ci ne soient pas assumés par les opérateurs alternatifs de manière à préserver une concurrence efficace.

14. En plus de l'orientation des tarifs de gros sur les coûts, l'offre de BELGACOM doit, en conformité avec l'article 59 §2 de la Loi du 13 juin 2005, être « *suffisamment détaillée pour garantir que les opérateurs ne sont pas tenus de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé* ».

#### V. Eléments factuels à propos de l'inefficacité de BELGACOM.

15. L'essentiel de la contestation porte sur l'étendue exacte de l'inefficacité de BELGACOM et sur le niveau de la réduction de coûts que les OLO pouvaient attendre si BELGACOM aurait été plus efficace dans la prestation

du service BROBA ADSL2+.

Il est admis que les utilisateurs branchés sur les cartes Multi-DSL auraient pu évoluer vers l'ADSL2+ par une simple modification logicielle sans débranchement physique d'un DSLAM à un autre et que ce passage n'aurait pas entraîné un surcoût.

MOBISTAR et KPN Belgium estiment que 100% des utilisateurs actuels de l'ADSL2+ seraient branchés sur des DSLAM version 4bis équipés de cartes Multi-DSL, si BELGACOM aurait été plus efficace.

Sur la base de calculs réalisés par BELGACOM dans sa réaction sur la consultation nationale du 12 mars 2008, l'IBPT estime par contre que, même si BELGACOM avait été efficace, une partie seulement (dont le pourcentage est considéré confidentiel) des utilisateurs ou des lignes connectés à des DSLAM 3, 4 ou 4bis aurait pu être branchée sur de telles cartes à partir du 1 janvier 2005. Ce nombre ne pouvant, selon l'IBPT, dépasser le nombre de lignes connectées aux DSLAM 4bis depuis début 2005. Les autres utilisateurs seraient de toute façon restés branchés sur les cartes monomodes. En conséquence, les réductions de coûts possibles découlant de l'usage de ces cartes Multi-DSL ne peuvent être prises en compte qu'à concurrence de ce pourcentage et non à concurrence de la totalité des utilisateurs.

16. L'IBPT estime que pour le calcul du tarif BROBA ADSL2+ via DSLAM 5, il suffit pour lui de faire abstraction des coûts (i) liés à l'absence de cartes Multi-DSL pour les connections sur DSLAM 4bis et (ii) relatifs aux équipements audiovisuels.

## VI. Les griefs contre les Décisions Attaquées.

### A. L'accès au dossier.

17. MOBISTAR et KPN Belgium estiment que l'accès qui leur a été accordé au dossier administratif de l'IBPT est insuffisant pour les permettre d'exercer leurs droits de la défense.

MOBISTAR et KPN Belgium reprochent l'IBPT d'abord d'avoir omis d'établir une version non confidentielle de plusieurs documents provenant de BELGACOM. Ils demandent que l'IBPT leur transmette tous les documents non confidentiels du dossier ainsi qu'une version non confidentielle des pièces considérées confidentielles.

L'IBPT se défend en précisant que BELGACOM n'a pas répondu à sa demande de préparer une version non confidentielle de ses contributions au dossier administratif.

18. MOBISTAR et KPN Belgium se plaignent ensuite de ce que l'inventaire du dossier administratif est incomplet. Ils constatent l'absence de toute référence à la réponse de BELGACOM à la consultation nationale de l'IBPT du 12 mars 2008 qui contiendrait une série de calculs sur lesquels l'IBPT se serait basé dans les Décisions Attaquées.

L'IBPT répond que cette réponse était annexée au courrier de notification aux régulateurs régionaux (pièce 62 du dossier administratif) mais que l'annexe n'a pas été reprise dans l'inventaire puisque BELGACOM ne s'est pas prononcée sur son caractère confidentiel ou non.

### B. Sur les moyens de nullité.

19. Les parties requérantes estiment que les Décisions Attaquées doivent être annulées pour avoir méconnu :

- l'obligation de motivation matérielle;
- l'obligation d'orientation sur les coûts imposés à BELGACOM ;
- l'article 59, §2 de la Loi du 13 juin 2005 ;
- l'article 6 de la Loi du 13 juin 2005 ;
- le principe général de la proportionnalité.

## VII. Appréciation de la cour

### A. Sur l'accès au dossier.

20. Plusieurs documents dont le caractère confidentiel ou non n'a pas été établi ne figurent pas dans le dossier administratif de l'IBPT. Parmi ces documents figure notamment la réponse de BELGACOM sur la consultation nationale et sur laquelle l'IBPT s'est basée pour prendre les Décisions Attaquées.

21. Les parties requérantes peuvent prétendre à l'accès au dossier administratif dans la mesure où cet accès leur est indispensable pour le plein exercice des droits de la défense, la protection du caractère confidentiel de certaines pièces devant rester assurée.

Il appartient le cas échéant à l'IBPT d'établir à l'intention des parties requérantes, et sous sa responsabilité, une version purgée des informations jugées confidentielles sur la base des indications fournies par l'auteur de ces informations. L'IBPT ne peut se soustraire à cette obligation sous le prétexte que l'auteur de ces informations refuse simplement de fournir des indications à cet égard nonobstant la demande motivée à son égard. Un tel refus, sans justification, constituerait une infraction à l'article 137 §1 de la Loi du 13 juin 2005 permettant l'IBPT d'appliquer des sanctions prévues notamment par l'article 21 de la Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et des télécommunications.

B. Sur les moyens de nullité.

22. *Sur la prétendue incohérence des Décisions Attaquées*

Selon MOBISTAR et KPN Belgium la position de l'IBPT est incohérente.

L'IBPT critique BELGACOM (Décisions Attaquées, page 6) de ne pas avoir tenu compte - nonobstant les avertissements dans sa Communication du 28 octobre 2004 - du développement prévisible de l'ADSL2+ et donc d'avoir agi « *de son propre chef et en connaissance de cause de manière moins efficace et prévoyante que l'on ne pouvait s'y attendre* ».

Aux pages 6, 7 et 8 des Décisions Attaquées L'IBPT développe cet aspect:

*L'IBPT tient à souligner à cet égard que la communication avertit clairement Belgacom de l'arrivée de l'ADSL2+. Suite à son obligation de non-discrimination, Belgacom savait que l'ADSL2+ devrait également être offert dans l'offre de gros si Belgacom lançait elle-même la technologie. Dans ce contexte, l'on peut se demander si le choix de cartes mono DSL au lieu de cartes multi DSL ne peut pas être considéré comme un choix entravant le marché qui limite les possibilités de futures implémentations et d'évolutions technologiques.*

*(...)*

*Belgacom a une obligation de non-discrimination impliquant que la technologie qu'elle utilise à des fins propres doit également être offerte aux opérateurs alternatifs. Par conséquent, Belgacom pouvait également prévoir qu'elle devrait également fournir l'ADSL2+ aux opérateurs alternatifs à partir de la phase de planning de Belgacom TV via ADSL2+ en 2004/2005.*

*(...)*

*Dans ce contexte, l'Institut ne peut que constater que Belgacom même n'est pas un opérateur prévoyant et qu'à l'époque de l'implémentation de l'ADSL2+ sur release 5 ou du Reach Extended ADSL sur release 4bis, elle aurait déjà pu tenir compte de l'implémentation de l'ADSL2+ sur les releases 4bis, ce qui aurait permis de gagner du temps mais aurait également permis de faire des économies. Belgacom savait que son obligation de non-discrimination donnerait lieu à une offre de gros BROBA ADSL2+. (souligné par la cour).*

L'IBPT constate donc sans hésitation le manque de prévoyance de BELGACOM qui savait depuis 2004 que son obligation de non-discrimination donnerait lieu à l'intégration de l'ADSL 2+ dans son offre BROBA et qu'elle devait se préparer à cet égard.

L'IBPT qualifie en outre la décision de BELGACOM de ne pas équiper ses DSLAM 4bis avec des cartes Multi-DSL à partir du début 2005 d'inefficace (Décisions Attaquées, page 8).

23. Selon MOBISTAR et KPN Belgium, la position de l'IBPT est incohérente dans la mesure où elle ne tire pas toutes les conséquences de ces constatations au niveau de la détermination des tarifs BROBA.

En particulier, MOBISTAR et KPN Belgium reprochent l'IBPT, que nonobstant le constat d'un refus injustifié de BELGACOM de mettre l'ADSL 2+ à disposition des OLO et de l'inefficacité de ce choix stratégique par BELGACOM, d'accepter néanmoins une partie du surcoût généré par l'utilisation de DSLAM 5 pour fournir le service BROBA ADSL2+ par rapport au DSLAM 4bis équipés de cartes Multi-DSL.

Selon MOBISTAR et KPN Belgium, en agissant de la sorte, l'IBPT aurait avalisé une stratégie de BELGACOM de ne pas faire évoluer la configuration de son réseau dans le but de se réserver de façon discriminatoire la technologie ADSL2+ pendant plusieurs années au prétexte qu'elle l'utilisait spécifiquement pour son service audiovisuel. Comme BELGACOM savait qu'elle avait l'obligation de fournir un service de gros ADSL2+ aux OLO depuis des années, elle aurait dû effectuer des choix stratégiques lui permettant de fournir ce service de façon le plus efficace possible et à moindre coût. En se réservant durant des années la technologie ADSL2+ pour elle-même et en investissant plutôt dans des DSLAM 5 que dans des DSLAM 4 équipés de cartes Multi-DSL, un double désavantage concurrentiel aurait été infligé aux OLO.

24. L'IBPT ne réfute pas les allégations concernant le refus injustifié de BELGACOM et les distorsions de concurrence qui en résultent pour les OLO, mais semble imputer l'absence de contrainte dans le chef de BELGACOM à des problèmes institutionnels (page 4 des Décisions Attaquées). C'est encore en se basant sur un arrêt du 11 mai 2007 de la cour de céans que l'IBPT impose l'obligation d'intégrer l'ADSL 2+ dans son offre BROBA dans sa décision du 20 novembre 2007.

Or, l'IBPT n'estime pas que les choix stratégiques critiquables de BELGACOM remettent en cause le caractère globalement efficace de son réseau de DSLAM.

En effet, les Décisions Attaquées ne considèrent pas que en tant qu'opérateur efficace BELGACOM aurait dû investir dès 2005 dans une extension de son parc de DSLAM 4bis équipés de cartes Multi-DSL afin de pouvoir offrir accès à l'ADSL 2+ de manière le plus efficace possible aux OLO. Par conséquent, l'IBPT qualifie, sauf en ce qui concerne l'installation des cartes Mono-DSL, la politique d'investissement de BELGACOM ainsi que son réseau en matière d'ADSL 2+ d'efficace.

L'IBPT considère donc le réseau existant de BELGACOM pour juger de l'efficacité de son offre BROBA ADSL 2+ sur les DSLAM 5. MOBISTAR et KPN Belgium contestent cette approche qui semble justement avaliser le retard de BELGACOM d'intégrer l'ADSL 2+ dans son offre BROBA, qualifiée par elles de discriminatoire et anti-concurrentiel.

En conclusions, l'IBPT justifie son approche ainsi « *Les retards pris par Belgacom dans la fourniture des services BROBA ADSL 2+, s'ils sont critiquables, et l'ont d'ailleurs largement été par l'Institut, n'auraient pu avoir aucune influence sur ce qui aurait été une attitude efficace de Belgacom, scénario pris en compte par l'Institut pour la fixation des tarifs, objet des décisions contestées* » et que « *Si Belgacom avait offert l'accès à la technologie ADSL 2+ aux OLO dès 2005, elle l'aurait fait en branchant les*

*connexions des OLO sur des DSLAM release 4Bis équipés, comme cela aurait dû être le cas, de cartes multimodes. C'est en cela que L'Institut considère que Belgacom n'a pas été efficace ».*

25. La cour considère que dans ces circonstances, le fait pour l'IBPT de ne pas escompter le retard de BELGACOM à intégrer la technologie ADSL 2+ dans son offre BROBA et de se réserver la technologie ADSL 2+ pendant des années dans l'application de la notion légale de « *coûts liés à la fourniture d'une prestation efficace* » ne constitue pas une violation de la législation applicable.

26. Dans la mesure où il soulève une incohérence dans l'argumentation de l'IBPT, le moyen repose donc sur une lecture erronée des Décisions Attaquées et une interprétation trop extensive de l'article 62 §2 alinéa 2 de la Loi du 13 juin 2008.

27. *Sur l'étendue et les conséquences de l'inefficacité de BELGACOM*

Selon MOBISTAR et KPN Belgium, l'IBPT a permis à BELGACOM de facturer des coûts résultant de son inefficacité et a de ce fait méconnu l'obligation d'orientation sur les coûts imposée à BELGACOM.

Quand il s'agit d'apprécier l'impact réel de l'inefficacité de BELGACOM sur le surcoût à prendre en compte pour la détermination du *rental fee* et du *one time fee*, l'IBPT base en effet ses calculs sur la constatation que de toute façon seulement un nombre limité (dont le pourcentage est jugé confidentiel) de lignes ADSL auraient pu profiter de l'efficacité accrue si BELGACOM avait équipé ses DSLAM 4bis de cartes Multi-DSL à partir du début 2005. L'IBPT estime d'ailleurs que le principe de proportionnalité dans l'application des remèdes à l'opérateur puissant impose une telle approche nuancée.

MOBISTAR et KPN Belgium estiment par contre que cette limitation du nombre de lignes pouvant profiter des avantages offertes par l'installation de

cartes Multi-DSL sur les DSLAM 4bis résulte des choix stratégiques de BELGACOM dont l'IBPT aurait lui-même constaté le caractère non efficace et du comportement de BELGACOM par lequel depuis 2004 elle s'est réservée l'utilisation de la technologie ADSL 2+ en excluant les OLO.

28. Selon MOBISTAR et KPN Belgium, l'IBPT aurait également dû tenir compte des inefficacités au niveau du réseau de BELGACOM, parce que un opérateur efficace :

- aurait remplacé les DSLAM 3 et 4 par des DSLAM 4bis équipés de carte Multi-DSL ;
- n'aurait pas utilisé des DSLAM 5 pour fournir un service BROBA ADSL2+ destiné à fournir un service de détail d'accès à Internet.

29. *Sur le non renouvellement du parc des DSLAM 3 et 4*

Selon MOBISTAR et KPN Belgium, un opérateur efficace aurait décidé de tenir son réseau à jour en remplaçant dès que possible les anciens DSLAM 3 et 4 par la version 4bis équipée de cartes Multi-DSL. Par le refus de remplacer les anciennes versions 3 et 4, BELGACOM s'opposerait aux développements technologiques.

Dans ses conclusions, l'IBPT défend la rationalité économique de cette décision. Il n'appartiendrait pas à BELGACOM de remplacer prématurément des installations qui conviennent à une utilisation encore efficace correspondant aux demandes des clients, en ce compris les OLO.

En ce que ce moyen concerne l'appréciation de l'inefficacité de BELGACOM dans le remplacement d'une partie de son parc DSLAM 3 et 4 considéré toujours adéquat pour fournir l'ADSL par l'IBPT, MOBISTAR et KPN Belgium ne démontrent pas une erreur manifeste d'appréciation par l'IBPT.

30. *Sur la nécessité et l'efficacité d'utiliser les DSLAM 5*

MOBISTAR et KPN Belgium estiment que l'utilisation des DSLAM 5 de BELGACOM est non seulement inefficace mais également non nécessaire pour le service BROBA ADSL 2+.

C'est pourquoi, selon MOBISTAR et KPN Belgium, le fait pour l'IBPT de tenir compte du surcoût lié à l'emploi des DSLAM 5 constitue en outre une violation de l'article 59 §2 de la Loi du 13 juin 2005 qui garantit que les OLO ne sont pas tenus de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé.

31. Selon l'IBPT, l'article 59 §2 de la Loi du 13 juin 2005 a bien été respecté en l'espèce dans la mesure où l'IBPT a fait abstraction du surcoût lié à la partie de l'installation spécifiquement destinée à la radiodiffusion et qui n'a aucun avantage pour les OLO dans le cadre de l'offre BROBA.

Par contre, l'IBPT a pris en compte dans ses calculs des tarifs BROBA ADSL2+ le surcoût lié à la partie de l'équipement du DSLAM 5 destinée à fournir d'accès à l'Internet à haut débit.

A cet égard, MOBISTAR et KPN Belgium répondent que ni les Décisions Attaquées ni les conclusions leur permettent de vérifier comment l'IBPT a opéré la distinction entre les deux types d'équipements et les surcoûts y associés.

Sur ce point, la cour observe que MOBISTAR et KPN Belgium n'apportent aucun élément précis permettant d'invalider la distinction telle qu'opérée par l'IBPT comme manifestement erronée. L'IBPT a d'ailleurs largement décrit les éléments spécifiques liés à la radiodiffusion et non nécessaires pour les OLO dans ses conclusions et dans la Décision Rental Fee (page 9 et 10) :

*Lorsqu'il est appliqué aux Release 5 DSLAM, cet article [59 §2 de la Loi du 13 juin 2005] implique que lors de la détermination des tarifs BROBA,*

*il ne peut pas être tenu compte de ces équipements spécifiques à la radiodiffusion. Pour cette raison, il est fait abstraction des cartes spécifiques à la radiodiffusion qui se trouvent sur les Release 5 DSLAM ainsi que du fait que des cartes de lignes doivent être libérées spécifiquement par subrack pour pouvoir appliquer cette fonctionnalité.*

32. En outre, selon MOBISTAR et KPN Belgium, le surcoût de 0,94 EUR retenu par l'IBPT au niveau du *rental fee* lié à la partie de l'équipement du DSLAM 5 destinée à fournir d'accès à l'Internet à haut débit résulte également de l'inefficacité relative des DSLAM 5 pour l'Internet et dont l'utilisation ne serait pas nécessaire pour fournir de services BROBA ADSL 2+.

33. En l'espèce, la réponse sur la question de savoir si le DSLAM 5 constitue une ressource nécessaire ou non pour les OLO dépend notamment de la disponibilité effective de substituts et d'une appréciation de l'efficacité globale des choix opérés au niveau du réseau de BELGACOM. Bien que les notions de « prestation efficace » et de « ressources nécessaires » soient des notions distinctes, la cour observe qu'en l'espèce, elles se recourent.

34. *Sur l'efficacité globale du réseau de BELGACOM*

Selon MOBISTAR et KPN Belgium, un opérateur efficace et prévoyant offrant un service BROBA ADSL 2+ à partir de 2005 aurait continué à investir dans l'extension de son parc de DSLAM 4bis équipés de cartes Multi-DSL pour pouvoir accueillir toutes les lignes Internet à haut débit. Le DSLAM 5 ne serait dès lors pas un substitut pour le DSLAM 4bis équipé de cartes Multi-DSL.

35. L'IBPT constate d'abord que les DSLAM 4bis n'étaient pas en nombre suffisant pour accueillir toutes les lignes ADSL 2+. Ce fait n'est pas contesté par MOBISTAR et KPN Belgium. Mais elles estiment que le manque de place est dû en grande partie aux lignes connectées par BELGACOM et ne pourrait donc faire obstacle à la fourniture d'un accès BROBA ADSL 2+ sur ces releases.

MOBISTAR et KPN Belgium n'expliquent point en quoi cette dernière remarque permettrait d'invalider l'argument concernant la saturation prévisible des DSLAM 4bis.

36. L'IBPT estime ensuite que pour remédier à cette saturation, il était plus efficace et moins coûteux d'utiliser les places disponibles sur les DSLAM 5 que d'investir dans des nouveaux DSLAM 4bis équipés de cartes Multi-DSL parce que cette dernière technologie était devenue déjà obsolète et que de nouveaux DSLAM 4bis seraient restés presque vides. Sur ce dernier point les conclusions de l'IBPT sont très affirmatives : « *il aurait été improductif de la part de Belgacom de continuer à installer des DSLAM release 4bis sur son réseau, voués à rester presque vides, uniquement pour diminuer les tarifs applicables aux opérateurs alternatifs* » (souligné par la cour).

37. Il n'est pas contesté que les DSLAM 4bis ne permettent pas à un opérateur efficace de développer une offre audiovisuelle. L'investissement dans des DSLAM 5 était donc indispensable au moment où BELGACOM en 2005 avait décidé de lancer son offre Belgacom TV. L'IBPT affirme à juste titre que l'on ne pouvait attendre d'un opérateur historique efficace qu'il s'abstienne de développer une offre télévisuelle pour pouvoir faire une offre plus intéressante aux OLO's à un meilleur tarif.

38. Sur le plan technique tant la version 5 que la version 4bis avec cartes Multi-DSL sont techniquement en mesure de fournir le service BROBA ADSL2+ mais l'investissement dans de nouveaux DSLAM 5 coûte plus cher que l'achat de cartes Multi-DSL pour les DSLAM 4bis existants.

Les parties s'accordent également pour dire qu'au niveau opérationnel l'utilisation d'un DSLAM 5 pour l'Internet revient plus cher qu'un DSLAM 4bis équipé d'une carte Multi-DSL. Selon l'IBPT ce surcoût s'explique partiellement par le fait que le DSLAM 5 permet la télévision numérique notamment grâce à des cartes spécifiques à la radiodiffusion plus chères et inutiles pour un trafic Internet (Décisions Attaquées, p. 5 et Décision Rental

Fee, p. 9 et 10). D'autre part le surcoût résulterait également de quelques éléments nouveaux (conclusions, page 22) et d'un sous-emploi plus important des DSLAM 5 (conclusions, page 16).

L'IBPT semble bien reconnaître que les DSLAM 5 sont plus efficaces pour la radiodiffusion que pour l'Internet (page 5) :

*Etant donné que Belgacom a également installé des équipements de radiodiffusion dans ces DSLAM, les positions sur ce DSLAM sont – vu l'utilisation d'éléments de réseau supplémentaires - plus chères que pour les DSLAM utilisés uniquement pour des applications d'Internet et de données. La question se pose à ce sujet de savoir si un opérateur efficace laisserait un trafic purement Internet usurper les positions "plus chères" destinées à la télévision numérique.*

L'IBPT admet en outre qu'en cas de forte demande pour l'ADSL 2+, il serait plus efficace d'installer des cartes Multi-DSL sur des DSLAM 4bis (page 6):

*Si la demande d'ADSL2+ est d'un tel ordre de grandeur qu'une partie importante de la release 4bis devait être vide et qu'il faille fortement investir dans les nouveaux DSLAM release 5, il serait plus rentable pour Belgacom d'installer des cartes multi DSL dans la release 4bis que d'acheter des nouveaux DSLAM release 5.*

39. Nonobstant ces constats et le surcoût lié à l'utilisation des DSLAM 5 par rapport au DSLAM 4bis équipé de cartes Multi-DSL, l'IBPT continue à soutenir en conclusions qu' : « *en aucun cas l'IBPT n'a retenu que l'accès ADSL2+ est plus efficacement fourni à partir de DSLAM release 4bis* ».

Selon la cour, cette dernière affirmation qui semble contredire ce qui précède, doit être comprise dans le contexte plus large de l'appréciation globale de l'effectivité du réseau de BELGACOM par l'IBPT.

40. En effet, dans les Décisions Attaquées l'IBPT affirme que le choix d'utiliser d'abord l'espace disponible sur les DSLAM 5 est un choix logique pour BELGACOM dans la mesure où ce choix lui permet (i) de réutiliser sans investissement supplémentaires des cartes Multi-DSL libérées sur les DSLAM 5 et de prolonger la durée de ces investissements et (ii) de mieux rentabiliser son investissement dans les DSLAM 5 en utilisant l'espace libre non occupés

entièrement pour les clients TV pour offrir des services Internet à haut débit.

En conclusions, l'IBPT précise encore à cet égard que « *une fois cet investissement consenti par Belgacom, il est logique que celle-ci arrête d'installer de nouveaux DSLAM release 4bis, dès lors que les services fournis à partir de ceux-ci peuvent être adéquatement fournis à partir des DSLAM release 5* ».

Finalement, l'IBPT soutient que dans ces circonstances l'extension du parc des DSLAM 4bis à côté des DSLAM 5 existants aurait eu pour conséquence une augmentation des coûts des services BROBA ADSL.

L'IBPT estime donc à juste titre – sous réserve de ce qui est énoncé au n° 42 - que dans ces conditions le DSLAM 5 ne constitue pas une ressource inutile pour les OLO. MOBISTAR et KPN Belgium ne parviennent pas à démontrer le caractère manifestement erroné de ce raisonnement.

Sur ce point, l'IBPT observe encore, à juste titre, que l'article 62 §2, al. 2 de la Loi du 13 juin 2005 prescrit que les tarifs appliqués doivent permettre à BELGACOM un retour raisonnable sur investissement.

*41. Sur le calcul du surcoût lié à l'utilisation des DSLAM 5 et des migrations physiques*

L'IBPT conclut que dans ces circonstances on ne peut pas « *supposer qu'un nombre de lignes plus important aurait été équipé à des cartes Multi-DSL, si BELGACOM aurait offert plus tôt des services BROBA ADSL 2+* » et qu'il est donc normal de prendre en compte le surcoût de la partie de l'équipement de la release 5 utilisée pour la fourniture d'accès à haut débit, dans le cadre des modèles (bottom-up) de tarifs orientés sur les coûts pour les lignes ADSL 2+ qui n'auraient de toute façon pas été branchés sur ces cartes.

En conclusions, l'IBPT précise en détail la méthodologie suivie pour le calcul du surcoût et la détermination du nombre des lignes à prendre en compte. Ainsi l'Institut détermine, selon une approche « bottom up » (partant de données fournies par BELGACOM mais corrigées pour des inefficacités) et par une moyenne pondérée, les coûts des connexions ADSL 2+ en tenant compte d'un certain nombre (confidentiel) de lignes qui étaient susceptibles d'être connectées sur les DSLAM 4bis équipées de cartes Multi-DSL et donc sans surcoût par rapport à l'ADSL classique.

l'IBPT explique encore que le calcul en application de son modèle orienté sur les coûts dépend de nombreux facteurs dont notamment le taux de remplissage des DSLAM.

42. MOBISTAR et KPN Belgium ne contestent pas cette méthodologie ni ces calculs mais insistent sur le fait que l'IBPT ne démontre pas une affirmation essentielle qui est à la base de son calcul, notamment qu'en cas d'installation de nouveaux DSLAM 4bis par BELGACOM, ceux-ci risqueraient de rester presque vides.

Sur ce point la cour constate que L'IBPT reste en défaut d'expliquer davantage ou de fournir des éléments concrets, chiffres et calculs à l'appui, permettant à la cour de vérifier l'affirmation que le taux de remplissage de nouvelles installations en DSLAM 4bis aurait été manifestement insuffisant pour justifier l'investissement.

Ni les Décisions Attaquées, ni les conclusions de l'IBPT ne permettent à la cour de contrôler si l'IBPT s'est basé sur des éléments objectifs et vérifiables pour affirmer que si BELGACOM avait investi dans des DSLAM 4bis supplémentaires équipés de cartes Multi-DSL, ceux-ci auraient été voués à rester presque inutilisés.

Il ne suffit pas pour l'IBPT de renvoyer, sans vérification de leur caractère fiable, aux informations fournies à cet égard par BELGACOM dans sa

réaction à la consultation nationale, d'ailleurs non accessible à MOBISTAR et KPN Belgium ni à la cour.

Les pièces du dossier administratif ne permettant pas à la cour de vérifier l'appréciation que l'IBPT porte sur le caractère de ressource nécessaire des DSLAM 5 pour la fourniture du service BROBA ADSL 2+, il convient d'inviter l'IBPT de soumettre la réponse de BELGACOM du 12 mars 2008 sur la consultation nationale. Un exemplaire non-confidentiel de ce document devra être produit à l'intention de MOBISTAR et KPN Belgium et le cas échéant un exemplaire confidentiel et non-confidentiel à l'intention de la cour dans le délai indiqué ci-après.

Il appartiendra à la cour de trancher, si nécessaire, sur le caractère confidentiel ou non de ce document, en tout ou en partie.

Il y a lieu d'ordonner une réouverture des débats à cette fin. Les parties pourront exposer un point de vue écrit au sujet des constatations à propos du taux de remplissage des DSALM 4bis figurant dans ladite réponse de BELGACOM, dans un délai de quinze jours à partir de la communication par l'IBPT du document en question.

#### *43. Sur l'impact de la technologie ReADSL sur le réseau de BELGACOM*

Selon MOBISTAR et KPN Belgium, l'installation efficace et rapide par BELGACOM de lignes ReADSL (pour atteindre des utilisateurs à plus grande distance du LEX où la technologie ADSL est insuffisante) sur son réseau, au même prix que les lignes ADSL classiques, démontre bien qu'il aurait été possible d'équiper ses DSLAM 4bis avec des cartes Multi-DSL sans aucun surcoût.

La possibilité technique pour BELGACOM d'adapter rapidement son réseau par l'installation des cartes Multi-DSL ne prouve pas pour autant la rationalité économique d'une telle décision.

L'IBPT estime, à raison, que l'installation d'un nombre limité de cartes Multi-DSL dans quelques LEX rurales ne peut être comparée à l'implémentation de l'ADSL 2+ dans tous les DSLAM 4bis sur tout le territoire.

Le moyen manque en fait.

44. *Sur l'absence d'ambiguïté de la position de l'IBPT*

MOBISTAR et KPN Belgium invoquent également le caractère ambigu de la position de l'IBPT, en ce qu'il serait impossible, à lire ses conclusions, de déterminer si l'IBPT a tenu compte des lignes branchées sur les DSLAM 5 dans le calcul du pourcentage des lignes à prendre en compte au niveau du surcoût.

Dans ses conclusions l'IBPT concède son erreur et confirme ne pas avoir tenu compte de ces lignes. Le moyen est donc sans objet.

VIII. Les frais de procédure.

La cour réserve à statuer sur les dépens.

**POUR CES MOTIFS,  
LA COUR,**

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

Reçoit le recours,

Avant de dire droit plus avant,

Ordonne la réouverture des débats uniquement aux fins indiqués sous le

numéro 42 de cet arrêt.

Invite l'IBPT à communiquer la réponse de BELGACOM du 12 mars 2008 sur la consultation nationale dans une version non confidentielle à l'intention de MOBISTAR et KPN Belgium et le cas échéant dans une version confidentielle et non confidentielle à l'intention de la cour pour le 19 mars 2010 au plus tard.

Dit que les parties pourront exposer un point de vue écrit et le déposer au greffe de la cour dans un délai de quinze jours à partir de la date de communication de ladite pièce.

Dit que l'affaire sera ensuite prise en délibéré au plus tard le 13 avril 2010.

Sursoit à statuer pour le surplus.

\*\*\*\*\*

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la **chambre 18** de la Cour d'appel de Bruxelles le **25 -02- 2010**

Où étaient présents :

- Mr. P. BLONDEEL,
- Mme. S. GADEYNE,
- Mr. E. BODSON,
- Mme D. VAN IMPE,

président de chambre,  
conseiller,  
conseiller,  
greffier.

VAN IMPE

BODSON

GADEYNE

BLONDEEL