

La cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2004/AR/2962

R. n°: 2006/6659

N°: 1676

Arrêt interlocutoire

Rdd fixée au

29-11-06

à l'heure -

relais

Recours de Belgacom dirigé contre la décision de l'IBPT du 26 octobre 2004 concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale -version 2004- Annex G3 Improved Service Level Agreement.

EN CAUSE DE :

- ✓ **BELGACOM**, société anonyme de droit public dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951,

Demanderesse au recours,

- ✓ Représentée par Maîtres Jeanine Windey, Ludo Cornelis et Thomas Hürner, avocats à 1000 Bruxelles, rue de la Bonté, 5-7,

Plaideurs : Maîtres J. Windey et Th. Hürner,

CONTRE :

21 -09- 2006

- ✓ **L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS**, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,

Défendeur au recours,

- ✓ Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24,

EN PRESENCE DE :

- ✓ **MOBISTAR**, société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 149, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,

Intervenante volontaire,

- ✓ représentée par Maîtres Alexandre Verheyden et Sébastien Champagne, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165,

plaideur : Maître S. Champagne.

I. La décision faisant l'objet du recours

1. Par lettre du 15 septembre 2003, Belgacom a communiqué à l'IBPT sa proposition d'offre de référence pour le dégroupage à la boucle locale pour l'année civile 2004 (*Belgacom's Reference Ull Offer 2004*, en abrégé BRUO 2004).

Cette offre comporte le document « *Annex G3 Improved Service Level Agreement* », objet de la décision attaquée, qui porte sur le niveau de qualité des services offerts par Belgacom aux bénéficiaires de l'accès dégroupé à la boucle locale en ce qui concerne le délai d'intervention en cas d'incident ainsi que la rapidité de restauration du service, en ce compris sa réparation.

21 -09- 2006

2. L'IBPT a pris une première décision le 23 décembre 2003 qui impose à Belgacom de modifier son offre de référence sur certains points. Cette décision a fait l'objet d'un recours sur lequel la cour a statué par un arrêt du 12 mai 2006.

Aux termes du point 5 du chapitre 9 de la décision du 23 décembre 2003, l'IBPT annonçait que le document « *Annex G3 Improved Service Level Agreement (ISLA)* » ferait l'objet d'une décision ultérieure.

3. La décision attaquée du 26 octobre 2004 impose à Belgacom de modifier son offre « ISLA », notamment en ce qui concerne les tarifs à appliquer dans le cadre de son offre BRUO 2004.

La décision indique que Belgacom dispose d'un délai de 10 jours à compter de la publication de la décision pour adapter son offre de référence BRUO 2004 en tenant compte des modifications imposées et d'un délai d'un mois pour publier l'offre modifiée.

Elle précise que les bénéficiaires ne doivent pas attendre la publication de l'offre modifiée pour se prévaloir de la décision de l'IBPT.

La décision attaquée a été communiquée à Belgacom par lettre du 28 octobre 2004 et publiée sur le site de l'IBPT le 4 novembre 2004.

Belgacom indique que la décision lui a été notifiée le 3 novembre 2004, ce qui n'est pas contesté.

II. Le recours de Belgacom

4. Par requête déposée au greffe de la cour le 2 décembre 2004, Belgacom demande à la cour de constater l'illégalité de la décision attaquée et de la mettre à néant.

Belgacom fait valoir en ordre principal que la décision attaquée a été adoptée tardivement.

A titre subsidiaire, elle poursuit la nullité de la décision attaquée en raison des erreurs, tant juridiques que factuelles, affectant sa motivation.

Elle demande en outre à la cour de réformer la décision attaquée en disant pour droit que la décision annulée sera remplacée par les termes de l'offre de référence « Annex G3 Improved Service Level Agreement » faite par elle le 15 septembre 2003 pour l'année 2004.

5. La recevabilité du recours n'est pas contestée.

III. L'intervention volontaire de Mobistar

6. Par requête déposée au greffe de la cour le 2 août 2005, Mobistar est intervenue volontairement à la cause.

Par conclusions déposées le 8 février 2006, Mobistar demande à la cour de lui donner acte de son désistement d'instance. Belgacom et l'IBPT marquent leur accord quant à ce désistement d'instance.

21 -09- 2006

IV. Sur le pouvoir de l'IBPT au jour de la décision attaquée d'imposer à Belgacom des modifications de l'offre de référence

7. La décision attaquée est intervenue le 26 octobre 2004 et porte sur l'offre de référence de Belgacom pour l'année 2004, communiquée à l'IBPT le 15 septembre 2003.

Belgacom soutient qu'en application de l'article 108 bis, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques et de l'article 6 sexies, § 3, de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunication, l'IBPT était sans pouvoir au jour de la décision attaquée pour prendre une décision contraignante d'exiger des modifications de l'offre de référence. Selon Belgacom, la décision aurait dû intervenir le 15 novembre 2003 au plus tard.

Pour les motifs exposés ci-après, le moyen n'est pas fondé.

8. Le règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale énonce en son article 3 que les opérateurs notifiés publient à partir du 31 décembre 2000 et tiennent à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à leur boucle locale et aux ressources connexes.

Le règlement énonce en son article 4, paragraphe 2, a), que l'autorité réglementaire nationale (en abrégé : ARN) est habilitée « à imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées ».

L'IBPT puise directement dans cette disposition du règlement le pouvoir d'exiger à tout moment des modifications de l'offre de référence publiée.

En effet, le règlement ne limite pas dans le temps le pouvoir de l'ARN d'exiger des modifications de l'offre de référence publiée lorsque ces modifications sont justifiées ni celui de requérir des adaptations aux modifications qui y auraient été apportées.

Eu égard à la finalité du règlement qui habilite l'ARN à contrôler l'offre de référence qui doit être publiée aux fins d'encourager la conclusion de contrats d'accès à des conditions techniques et tarifaires transparentes, non discriminatoires et objectives, susceptibles de promouvoir une concurrence loyale et durable, il ne fait aucun doute que l'ARN peut imposer des modifications de

21 -09- 2006

l'offre de référence de sa propre initiative et à tout moment, à la lumière de la situation du marché et des informations dont elle dispose.

Le législateur national ne dispose donc pas d'une marge d'appréciation pour opérer des choix normatifs en ce qui concerne l'étendue du pouvoir d'intervention de l'ARN. Toute disposition qui a pour effet de limiter dans le temps le pouvoir de l'ARN d'exiger des modifications de l'offre de référence lorsque celles-ci se justifient est donc incompatible avec l'objet et l'économie du règlement qui est d'application directe, et doit être écartée.

La fixation d'un délai imposé à l'ARN pour se prononcer sur l'offre de référence ou la fixation de la durée de validité de l'offre de référence sont des mesures qui ont pour effet d'empêcher l'autorité d'intervenir à tout moment de sa propre initiative pour exiger des modifications de l'offre de référence.

9. Loin de se borner à compléter les dispositions du règlement en réglant de manière plus détaillée les modalités d'intervention de l'IBPT, l'article 108 bis § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 comme l'article 6 sexies § 3 de l'arrêté royal du 22 juin 1998 dérogent au règlement n° 2887/2000 en instituant un régime très différent de celui qui y est organisé dont l'effet est de réduire le pouvoir que l'IBPT tire du règlement.

Ce régime consiste à imposer à l'opérateur notifié l'obligation de transmettre chaque année à l'Institut un projet d'offre de référence dont la durée de validité est fixée à un an, en écartant ainsi le caractère permanent de l'obligation prévue dans le règlement de tenir son offre à jour et, corrélativement, à conférer à l'IBPT le pouvoir d'exiger de l'opérateur notifié, par une décision devant intervenir au plus tard le 15 novembre, qu'il modifie son projet d'offre de référence avant la publication de l'offre de référence. Il fait dépendre toute modification de l'offre de référence durant l'année civile d'une initiative de l'opérateur notifié puissant.

Contrairement à ce que l'IBPT indique, il n'est pas possible d'interpréter l'article 108 bis § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 en ce sens que le délai expirant le 15 novembre ne serait qu'indicatif tandis que le délai imposé à l'opérateur puissant pour communiquer son offre serait un délai de rigueur. En effet, l'obligation faite à l'IBPT d'indiquer les modifications à apporter au plus tard à cette date a clairement été imposée compte tenu du caractère annuel conféré par le législateur à l'obligation faite à l'opérateur puissant de tenir son offre à jour de sorte que l'article 108 bis § 1^{er} forme un tout.

21 -09- 2006

L'application de l'article 108 bis § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 aurait donc pour effet de priver l'IBPT de la possibilité d'imposer, à tout moment, des modifications de l'offre de référence lorsque ces modifications sont justifiées, ce qui serait incompatible avec le règlement.

L'application de l'article 6 sexies § 3 de l'arrêté royal du 22 juin 1998 aurait le même effet puisque cette disposition énonce que l'offre de référence est valable pour l'année civile qui suit l'année de la publication et qu'elle fait ainsi dépendre toute modification de l'offre de référence pendant l'année civile en cours d'une initiative de l'opérateur notifié puissant.

10. C'est en vain que Belgacom fait valoir que l'IBPT pourrait encore intervenir après le 15 novembre de chaque année lorsqu'il constate une infraction à la législation dont il contrôle le respect.

La compétence générale de l'IBPT d'intervenir sur pied de l'article 21 de la loi (statut) du 17 janvier 2003 lorsqu'il constate une infraction, de mettre le contrevenant en demeure de remédier à la situation dans le délai qu'il fixe et d'infliger une amende si la mise en demeure est restée infructueuse, ne saurait être considérée comme une mise en œuvre du pouvoir d'intervention spécifique prévu à l'article 4.2. a) du règlement d'exiger des modifications de l'offre de référence.

La possibilité laissée aux Etats membres par l'article 1.4. du règlement d'introduire des mesures qui contiennent des dispositions plus détaillées que celles qui figurent dans le règlement, n'inclut pas celle d'introduire des dispositions qui en modifient les effets, comme celles précitées qui limitent dans le temps le pouvoir de l'IBPT d'imposer des modifications de l'offre de référence.

Il s'en déduit que l'article 108 bis § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 et l'article 6 sexies § 3 de l'arrêté royal du 22 juin 1998 sont contraires au règlement 2887/2000 en ce qu'ils privent l'IBPT de la possibilité d'imposer, à tout moment, des modifications à l'offre de référence lorsque celles-ci sont justifiées. Ils ne peuvent donc être appliqués.

L'application doit en être écartée sans que la cour ait à examiner le bien fondé de la thèse de Belgacom selon laquelle le système mis en place par cette disposition serait tout aussi efficace que celui prévu par le règlement et présenterait par rapport à ce dernier des avantages indéniables, notamment au regard de la sécurité juridique ou de la nécessité dans laquelle Belgacom se trouverait d'élaborer son budget annuel en fonction des conditions de l'offre de référence.

En effet, lorsqu'un règlement institue des mesures spécifiques de contrôle du respect par les opérateurs de leurs obligations, ces mesures doivent être appliquées de manière complète et non sélective (Cour de Justice, 9 septembre 2004, Grèce/Commission (C-332/01), point 62).

11. C'est également en vain que Belgacom fait valoir que le principe de sécurité juridique justifierait l'adoption par le législateur de règles limitant dans le temps le pouvoir d'intervention de l'IBPT ou le respect par l'IBPT de ces règles.

Comme indiqué plus haut, le règlement est d'application directe et son application en faveur ou à la charge des sujets de droit se réalise sans aucune mesure portant réception dans le droit national. Belgacom ne peut donc prétendre qu'elle pouvait légitimement considérer que l'offre de référence a une durée de validité d'un an et que l'IBPT était privé de tout pouvoir d'exiger des modifications depuis le 15 novembre 2003.

En outre, elle ne saurait se prévaloir d'une quelconque approbation par l'IBPT de son offre de référence en ce qui concerne les aspects ISLA faute de décision intervenue au 15 novembre 2003.

Le législateur européen n'a pas subordonné la publication ou les effets de l'offre de référence à la constatation préalable, par l'ARN, de sa conformité avec les obligations légales applicables et l'intérêt général. Il a en revanche donné à l'ARN le pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence publiée « lorsque ces modifications sont justifiées », ce qui exclut toute disposition nationale visant à soumettre l'offre de référence à une mesure d'approbation. On ne peut en effet doter une autorité du pouvoir d'exiger des modifications d'une offre lorsque ces modifications sont justifiées, et dans le même temps, subordonner l'offre de référence à une mesure d'approbation préalable, sans faire de cette mesure un acte provisoire et réversible, et donc parfaitement inutile.

Aucune des dispositions nationales invoquées par Belgacom ne fait état d'une obligation de soumettre l'offre de référence à l'IBPT, pour approbation.

Enfin, dès lors que l'IBPT n'a pas fait rétroagir les adaptations requises par lui à l'offre de référence, Belgacom ne saurait se plaindre en l'espèce d'une atteinte à la sécurité juridique ni d'une violation du principe du délai raisonnable.

21 -09- 2006

V. Sur le caractère incomplet du dossier de l'IBPT

12. Dans son arrêt du 13 juillet 2006 (C-438/04), la Cour de Justice des communautés européennes a dit pour droit :

« L'article 4 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), doit être interprété en ce sens que l'organisme désigné pour connaître des recours contre les décisions des autorités réglementaires nationales doit disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour examiner le bien-fondé d'un recours, y compris, le cas échéant, les informations confidentielles que lesdites autorités ont prises en considération pour adopter la décision qui fait l'objet du recours. Il appartient toutefois à cet organisme de garantir le traitement confidentiel des données en cause tout en respectant les exigences d'une protection juridique effective et en assurant le respect des droits de la défense des parties au litige. »

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, qui organise le recours contre les décisions de l'IBPT doit s'interpréter à la lumière de l'article 4 de la directive 2002/21/CE, précitée.

13. La cour constate que le dossier que l'IBPT lui a communiqué est incomplet.

Il ressort en effet de la décision attaquée que l'IBPT a publié un projet de décision le 16 juillet 2004 et qu'il a reçu des réactions de la part des bénéficiaires de l'accès dégroupé à la boucle locale et de la part de Belgacom. La décision indique que l'IBPT a tenu compte des observations reçues.

Ces réactions ne sont pas versées par l'IBPT au dossier.

Il ressort également de la décision attaquée que l'IBPT a tenu compte des rapports de deux consultants pour adopter sa décision. Ces rapports ne sont pas non plus communiqués à la cour.

Dès lors que la cour doit disposer de l'ensemble des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause sur le bien-fondé du recours, y compris les informations confidentielles, la réouverture des débats s'impose.

21 -09- 2006

VI. Sur l'étendue du recours de Belgacom

14. Belgacom est priée d'indiquer à l'aide d'un marquage, dans la partie de la décision sous le titre « Modifications à opérer », les modifications qu'elle conteste en précisant, pour chaque passage contesté, le moyen invoqué.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;

Dit le recours de Belgacom recevable.

Donne acte à Mobistar qu'elle se désiste de son intervention volontaire et à Belgacom et l'IBPT de leur accord ; décrète ledit désistement.

Dit non fondé le moyen de Belgacom relatif au non respect par l'IBPT du délai de décision prévu par l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Aux fins de statuer sur le bien fondé du recours de Belgacom, ordonne la réouverture des débats pour permettre à l'IBPT de communiquer à la cour l'ensemble des informations nécessaires pour que la cour soit à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles que l'IBPT a prises en considération pour adopter la décision qui fait l'objet du recours et d'en dresser l'inventaire.

Dit qu'il appartient à l'IBPT d'indiquer, lors de cette communication, les informations qu'il considère comme confidentielles à l'égard de Belgacom.

Dit que la cour statuera sur le caractère confidentiel des informations par une décision ultérieure.

Dit que Belgacom fournira à la cour un exemplaire de la décision attaquée avec indication sous la partie « Modifications à apporter »

21 -09- 2006

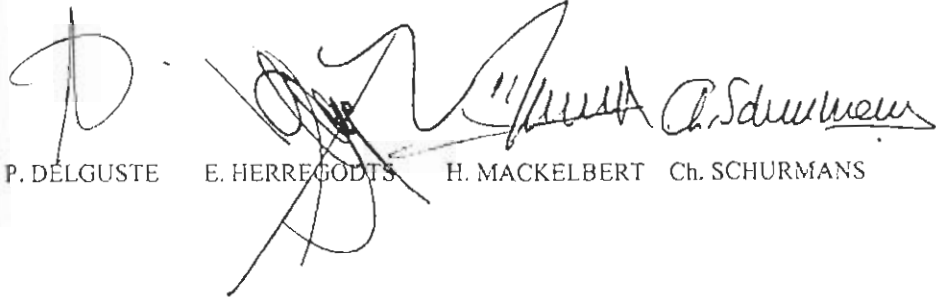
des passages de la décision attaquée faisant l'objet des différents moyens qu'elle a soulevés dans le cadre de son recours, en opérant une distinction suivant le moyen invoqué.

Fixe la réouverture des débats à l'audience du 29 novembre 2006 à 9 heures, date relée.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 21-09-2006

où étaient présents :

Christine SCHURMANS, Conseiller ff Président,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Els HERREGODTS, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier,



P. DELGUSTE E. HERREGODTS H. MACKELBERT Ch. SCHURMANS

21-09-2006