

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,
18 CHAMBRE,

X N°: 612

N°Rép.: 2009/3919

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N°. 2007/AR/302

EN CAUSE DE :

BELGACOM S.A., dont le siège social est établi
à 1030 BRUXELLES, bd. du Roi Albert II 27,
inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises
sous le numéro 202.239.951,
partie demanderesse,

représentée par Maître CAHEN Nicole, avocat à
1000 BRUXELLES, rue de Loxum 25 ;

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES
POSTAUX ET DES
TELECOMMUNICATIONS (en abrégé
I.B.P.T.), dont les bureaux sont établis à 1030
BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II, 35,
partie défenderesse,

représenté par Maître DEPRE Sebastien, avocat à
1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 ;

Chambre 18

Audience du

19. 05. 09

Arrêt déf.

Le recours et la procédure

1. Par une requête déposée au greffe de la cour de céans le 26 janvier 2007, la société anonyme de droit public BELGACOM (« BELGACOM ») a formé un recours à l'encontre de la décision du Conseil de l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications (« l'IBPT ») du 29 novembre 2006 concernant les tarifs des Bloks & Tie Cables (« la décision attaquée du 29 novembre 2006 »).
2. Ce recours a été exercé endéans le délai de soixante jours, prescrit par l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges.
3. Sa recevabilité n'est pas contestée et il n'y a pas de moyen d'irrecevabilité à soulever d'office.
4. Le recours est recevable.
5. Il tend à entendre dire pour droit que la décision attaquée du 29 novembre 2006 n'est pas entrée en vigueur, et à entendre constater l'illégalité de cette décision. Il tend également à la condamnation de l'IBPT aux dépens.
6. BELGACOM a déposé des conclusions au greffe le 25 juin 2007.
7. Par ces conclusions, elle ajoute au dispositif de sa requête : « à tout le moins, dire pour droit que la décision (attaquée du 29 novembre 2006) est entrée en vigueur le 2 mars 2007 ». Par les mêmes conclusions, elle a étendu son recours en demandant l'annulation de la décision complémentaire prise par l'IBPT le 6 juin 2007 concernant les formulaires de commande pour les Blocks & Tie Cables.
8. Après réouverture des débats, par ses conclusions déposées au greffe le 11 février 2009, BELGACOM requiert de lui allouer l'entier bénéfice de ses conclusions antérieures dans lesquelles elle déclare persister intégralement.
9. L'IBPT a déposé des conclusions au greffe les 16 avril 2007, 20 juillet 2007 (appelées conclusions additionnelles et de synthèse) et 11 février 2009 (appelées conclusions après réouverture des débats).
10. Par ses premières conclusions, l'IBPT postulait de déclarer le recours recevable mais non fondé ou, à tout le moins, de surseoir à statuer dans l'attente d'un arrêt dans le recours pendant sous le RG 2006/AR/2154.
11. Par ses deuxièmes conclusions, il demandait de déclarer le recours recevable mais non fondé et, à titre subsidiaire, d'adresser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et télécommunications belges, interprété en ce sens que l'IBPT peut intervenir seul, même en l'absence de l'accord de coopération visé dans cette disposition, pour prendre une décision relative à l'infrastructure de communications électroniques comme celle de Belgacom, lorsque ladite décision est étrangère aux compétences des communautés en matière de radio et télévision, est-il compatible avec les articles 127 de la Constitution et 4, 6° de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ? ».

12. Il demandait, dans tous les cas, de condamner BELGACOM aux dépens.

13. Par ses troisièmes et dernières conclusions, l'IBPT demandait de lui allouer le bénéfice de ses précédentes conclusions.

14. L'affaire a été plaidée et prise en délibéré.

Les faits

Introduction

15. La décision attaquée du 29 novembre 2006 impose à BELGACOM de modifier son offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale (« BRUO »), en ce qu'elle concerne les tarifs des « Blocks » et des « Tie Cables ».

16. Les « Blocks » et les « Tie Cables » font partie de l'équipement qui permet à un opérateur d'avoir un accès à la boucle locale de BELGACOM et, par la suite, d'offrir différents services à ses propres clients.

17. Le « Block » est un bloc connectant 100 ou 48 paires de cuivre, dédié à un opérateur, auquel BELGACOM connecte les ressources de la boucle locale demandée par l'opérateur.

18. Les blocs fournis par BELGACOM aux opérateurs ainsi que les propres blocs de BELGACOM sont montés dans un répartiteur principal ou central, composé d'une structure métallique (appelée MDF ou « Main Distribution Frame ») constituée de rails horizontaux d'un côté et verticaux de l'autre, et sur lesquels sont placés les blocs. Ce MDF se trouve dans un bâtiment de BELGACOM (appelé LEX ou « Local Exchange »). En général, les rails verticaux permettent la connexion à la boucle locale, tandis que les rails horizontaux assurent la connexion avec les ressources et les services de communications électroniques.

19. Le « Tie Cable » est le câble qui relie les blocs dédiés d'un opérateur et les équipements en colocation physique de cet opérateur. BELGACOM utilise des câbles identiques pour connecter ses propres ressources à la boucle locale.

20. L'architecture du MDF, comprenant les blocs sur les rails horizontaux et

verticaux ainsi que les câbles reliant les blocs aux équipements en colocation physique de l'opérateur, est complétée par des « jumpers ». Le « jumper » est un câble reliant les blocs installés sur les rails horizontaux et les blocs sur les rails verticaux.

Les offres de référence BRUO 2004, 2005, 2006

21. Par sa décision du 23 décembre 2003 (suite à la communication par BELGACOM à l'IBPT le 15 septembre 2003 de son offre de référence **BRUO 2004** ainsi qu'à un échange de courrier entre l'IBPT et BELGACOM les 30 septembre, 28 octobre, 29 octobre et 7 novembre 2003), l'IBPT rendait sa décision sur le BRUO 2004, mais reportait sa décision pour ce qui concerne les tarifs relatifs aux « blocks » et « tie cables » (ainsi qu'au « splitters » - la tarification des splitters ne faisant pas l'objet du recours, il n'en sera plus fait mention). Suite à une consultation lancée au mois de juillet 2004 par l'IBPT relative à son projet de décision BRUO 2004 « Tie cables and splitter pricing » accompagnée d'une motivation détaillée complémentaire et confidentielle vis-à-vis de BELGACOM (lettre de l'IBPT du 14 juillet 2004) et la communication par BELGACOM de ses réactions (lettre de BELGACOM du 13 août 2004), l'IBPT adoptait le 31 août 2004 sa décision relative aux tarifs des « Tie Cables and Splitter pricing » et imposait à BELGACOM de modifier son offre de référence BRUO 2004, en l'adaptant aux tarifs fixés d'autorité par l'IBPT. Cette décision du 31 août 2004 a été annulée par la cour d'appel (2004/AR/2657) par son arrêt du 15 juin 2006 au motif que l'IBPT avait irrégulièrement divulgué des informations confidentielles ayant eu une influence sur le contenu de la décision.
22. Par sa décision du 12 novembre 2004 (suite à la communication par BELGACOM à l'IBPT le 15 septembre 2004 de son offre de référence **BRUO 2005**, reprenant les mêmes tarifs que ceux de son offre de référence 2004 transmis à l'IBPT le 15 septembre 2003, ainsi qu'à la communication le 1^{er} octobre 2004 par BELGACOM à l'IBPT d'une note détaillée ayant pour objet la « méthodologie financière relative à la détermination des tarifs de l'offre Belgacom Reference Unbundling of the local loop 2005 », la consultation du marché lancé au mois de novembre 2004 sur les projets d'avis BRUO 2005 de l'IBPT et l'envoi par BELGACOM le 10 novembre 2004 de ses commentaires), l'IBPT réitérait sa décision du 31 août 2004. Le 15 décembre 2006, l'IBPT déposait des conclusions de synthèse dans le recours de BELGACOM contre la décision susmentionnée du 12 novembre 2004 devant la cour d'appel (2004/AR/3047) et renonçait à sa décision puisque la décision contestée fixait les prix des « Tie Cables » et des « Splitters » selon la même méthode et les mêmes principes pris par l'IBPT le 31 août 2004 concernant le BRUO 2004, en se référant à l'arrêt d'annulation de la décision du 31 août 2004 (voir le précédent alinéa).
23. Par sa décision du 9 novembre 2005 (suite à la communication par BELGACOM à l'IBPT le 15 septembre 2005 de son offre de référence **BRUO 2006**, la communication par BELGACOM à l'IBPT d'informations complémentaires les 14 et 18 octobre 2005, la mise à l'enquête par l'IBPT de son projet de décision concernant l'offre BRUO 2006 le 25 octobre 2005 et la

communication par BELGACOM le 3 novembre 2005 de ses commentaires sur le projet de décision), l'IBPT prenait sa décision, en ne modifiant pas les tarifs des « Blocks », « Tie Cables » et « Splitters » de l'offre BRUO 2006 de BELGACOM.

Les négociations entre l'IBPT et BELGACOM

24. Le 1^{er} février 2006, l'IBPT avertissait BELGACOM qu'il a des bénéficiaires du BRUO 2006, les calculs de l'augmentation de coûts que représentait l'augmentation des tarifs des « Tie Cables », et lui demandait si elle entendait maintenir les prix tels qu'ils figuraient dans l'offre BRUO publié sur son site internet.
25. Le 2 février 2006, BELGACOM confirmait à l'IBPT qu'elle maintenait ses prix.
26. Le 15 février 2006, l'IBPT lançait une nouvelle consultation du marché exclusivement relative aux tarifs des « Blocks » et des « Tie Cables » dans l'offre de référence BRUO 2006. Dans les « rétroactes », l'IBPT écrivait notamment ce qui suit : « *L'annexe H de l'offre de référence BRUO a été entièrement révisée par Belgacom pour 2006 par rapport à 2005. La présentation des prix des Tie Cables a été complètement modifiée, les différents prix unitaires ne sont plus explicités pour être remplacés par les prix des différentes configurations possibles. De ce fait ni l'Institut ni les opérateurs alternatifs n'ont eu l'attention attirée par le fait que Belgacom proposait les prix déjà proposés fin 2004 pour l'offre BRUO 2005 et qui avaient été refusés par l'IBPT. Les dernières semaines, quelques bénéficiaires ont rapporté le problème à l'Institut. Les différentes configurations subissent une augmentation tarifaire allant de 40 à 120 % par rapport à l'offre BRUO 2005 telle qu'approuvée par la décision du Conseil du 12 novembre 2004.* » La décision poursuivait : « *Une augmentation de 40 à 120 % par rapport à l'offre BRUO 2005 introduit un surcoût très important par rapport à tout business plan qu'un opérateur pouvait faire sur base des tarifs des années précédentes et ceci au moment où l'usage du dégroupage connaît un démarrage évident au vu des demandes de co-location. Pour un certain nombre de Bénéficiaires BRUO, le surcoût se chiffre en millions d'euros. Elle met en danger le développement du marché haut-débit en Belgique.* » L'IBPT estimait que cette évolution était inacceptable, d'autant plus parce que BELGACOM avait effectué une modification tarifaire sans réfutation motivée du point de vue de l'IBPT vis-à-vis de la proposition de BELGACOM pour le BRUO 2005. La conclusion en était : « *L'Institut se réfère donc à sa décision du 31 août 2004 concernant les prix du tie cabling et du 12 novembre 2004 concernant l'offre de référence 2005.* »
27. Le 21 février 2006, BELGACOM réagissait par une lettre circonstanciée.

28. Le 13 mars 2006, l'IBPT prenait sa décision concernant les tarifs des « Blocks » et des « Tie Cables ». Il ne modifiait pas les tarifs offerts pour les « Splitters ».

29. Le 11 mai 2006, BELGACOM introduisait une requête en suspension et en annulation de cette décision.

30. Par son arrêt du 20 octobre 2006, la cour d'appel mettait à néant cette décision (2006/AR/1339), au motif que, s'appropriant la décision du 31 août 2004 qui reposait sur une consultation publique violant l'obligation de confidentialité, la décision attaquée était entachée du même vice.

Evolution des points de vue suite à l'arrêt de la cour d'appel du 15 juin 2006 (annulation de la décision du 31 août 2004 relative aux tarifs pour les « Tie Cables and Splitters »)

31. Suite à l'arrêt de la cour d'appel du 15 juin 2006, BELGACOM rappelait à l'IBPT (lettre du 3 juillet 2006) qu'elle considérait que ses tarifs étaient justifiés et orientés sur les coûts. BELGACOM proposait d'entamer un dialogue avec l'IBPT.

32. Le 27 juillet 2006, l'IBPT conviait BELGACOM à une réunion en présence de son consultant, le bureau VAN DYCK. Cette réunion s'est tenue le 18 août 2006. Suite à cette réunion, l'IBPT confirmait par lettre destinée à BELGACOM toutes les questions qu'elle avait posées lors de cette réunion (lettre du 22 août 2006). BELGACOM répondait à ces questions par lettres des 11 et 21 septembre 2006.

33. Les 28 juillet et 28 septembre 2006, l'IBPT posait diverses questions aux opérateurs alternatifs.

34. Par lettre du 6 octobre 2006, l'IBPT demandait à BELGACOM d'établir une nouvelle proposition tarifaire.

35. BELGACOM a donné suite à cette demande en envoyant (lettre du 19 octobre 2006) une nouvelle proposition tarifaire, suivie d'informations supplémentaires (lettre du 27 octobre 2006).

36. Le 8 novembre 2006, l'IBPT lançait une consultation sur le projet de décision relative aux « Blocks » et « Tie Cables ».

37. Par lettres des 14 et 17 novembre 2006, BELGACOM posait à l'IBPT des questions concernant le projet de décision, auxquelles l'IBPT a répondu par sa lettre du 17 novembre 2006.

38. Le 23 novembre 2006, BELGACOM envoyait à l'IBPT sa réaction à la

consultation de l'IBPT.

39. Après une visite par des membres de l'IBPT à un répartiteur MDF, l'IBPT a adopté le 29 novembre 2006 une décision définitive relative aux tarifs des « Blocks » et des « Tie Cables ».

40. Cette décision a été notifiée à BELGACOM le 30 novembre 2006.

41. Elle fait l'objet du recours principal.

Evolution depuis la décision du 29 novembre 2006 menant à la décision du 6 juin 2007 concernant les formulaires de commande pour les Blocks & Tie Cables

42. Le 20 décembre 2006, l'IBPT publia sur son site internet une communication relative aux tarifs des « Blocks » et des « Tie Cables », annonçant que : « BELGACOM, destinataire des décisions annulées [soit les décisions des 31 août 2004 et 13 mars 2006 annulées par les arrêts de la cour d'appel des 15 juin et 20 octobre 2006], peut entamer des négociations commerciales sur base de son offre d'origine concernant les aspects annulés. Cela n'empêche pas BELGACOM d'être toujours tenue à ses autres obligations en tant qu'opérateur puissant, notamment l'obligation d'orientation sur les coûts. A ce titre, l'Institut tient à souligner que l'offre d'origine de BELGACOM, en ce qui concerne les Tie Cables n'est pas orientée sur les coûts. ».

43. Le 21 décembre 2006, BELGACOM publia un addendum à l'offre BRUO qui adapte l'offre BRUO conformément à la décision attaquée du 29 novembre 2006. Elle ajouta dans cet addendum et sur le formulaire de commande des « Blocks » et « Tie Cables », la clause suivante : « Par sa décision du 29 novembre 2006 relative aux tarifs des Blocs et Tie Cables, l'IBPT impose à BELGACOM de modifier l'annexe H de son offre BRUO telle que publiée sur le site officiel de BELGACOM, en vue d'y modifier le tarif. Le présent bon de commande est publié en tant que bon de commande actualisé, conformément à la publication, le 6 décembre 2006, de cette décision de l'IBPT. BELGACOM introduira un recours devant la cour d'appel de Bruxelles aux fins d'annuler cette décision. Sans préjudice aux négociations entre parties, au cas où le recours susmentionné devant la cour serait fondé, le tarif du présent bon de commande sera retiré de l'offre BRUO et du contrat BRUO et rétroactivement remplacé par le tarif proposé par BELGACOM. Dans cette hypothèse, BELGACOM facturera la différence entre le montant dû et le montant déjà facturé. ».

44. Le 16 janvier 2007, l'IBPT publia sur son site internet une nouvelle communication, faisant savoir qu'il s'opposait à ce que cette clause soit reprise dans le formulaire de commande des Blocs et des Tie Cables.

45. Après un échange de courrier entre l'IBPT et BELGACOM (et, pour certaines lettres, la « Platform » des opérateurs alternatifs), le Conseil de l'IBPT adressa le 6 juin 2007 une décision à BELGACOM concernant le bon de commande : « Sur base des motifs exposés ci-avant, le Conseil de l'IBPT enjoint à BELGACOM de supprimer la clause figurant en tête du bon de commande (ainsi que toute clause du même genre) de l'appendice III formulaires de l'annexe I Colocation de l'offre de référence BRUO. De supprimer également la colonne avec les « prix unitaires proposés par BELGACOM » qui est mentionnée à l'article 17 de l'annexe H et dans le bon de commande des Blocs et Tie Cables de l'appendice III de l'annexe I ».

46. Cette décision du 6 juin 2007 fait l'objet de l'extension du recours.

La décision attaquée du 29 novembre 2006

47. Par sa décision du 29 novembre 2006 concernant les tarifs des « blocks and tie cables », le Conseil de l'IBPT fixe les tarifs orientés sur les coûts sur la base d'un modèle bottom-up, comme suit :

« L'Institut constate à nouveau que les tarifs proposés par Belgacom en matière de tie-cabling qui faisaient partie de son offre de référence BRUO ne sont pas orientés sur les coûts.

Le tableau de l'article 17 de l'annexe H de l'offre de référence BRUO 2006 doit être modifié compte tenu des nouveaux tarifs qui sont imposés à l'annexe 1 du présent projet de décision, à l'exception des tarifs des splitters dont le montant a été accepté dans la décision du 9 novembre 2005.

Conformément à l'article 106, § 1^{er}, de la loi du 21.03.91 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, Belgacom est tenue d'autoriser l'accès dégroupé à la boucle locale à des tarifs orientés sur les coûts.

Par conséquent, conformément aux articles 4.2., a), et 4.3, du Règlement 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale et conformément à l'article 108bis, § 3, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, l'Institut estime nécessaire d'apporter les modifications suivantes à BRUO 2006 : [*l'annexe à cette décision comporte un tableau reprenant les tarifs pour les « blocks & tie cables »*]

La présente décision entre en vigueur le jour de sa publication. »

La décision attaquée du 6 juin 2007

48. Pour rappel (voir plus haut sous « les faits – évolutions depuis la décision du 29 novembre 2006 menant à la décision du 6 juin 2007 concernant les formulaires de commande pour les Blocks & Tie Cables »), cette décision était libellée de la façon suivante :

« Sur base des motifs exposés ci-avant, le Conseil de l'IBPT enjoint à BELGACOM de supprimer la clause figurant en tête du bon de commande (ainsi que toute clause du même genre) de l'appendice III formulaires de l'annexe I Colocation de l'offre de référence BRUO. De supprimer également la colonne avec les « prix unitaires proposés par BELGACOM » qui est mentionnée à l'article 17 de l'annexe H et dans le bon de commande des Blocs et Tie Cables de l'appendice III de l'annexe I ».

Le droit applicable

L'ancien cadre

49. Le Règlement n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale (« le Règlement 2887/2000 »), imposait à l'opérateur notifié de publier à partir du 31 décembre 2000 et de tenir à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à sa boucle locale. Il imposait également que les tarifs de l'accès dégroupé soient orientés sur les coûts. Il disposait en outre que l'autorité réglementaire nationale veille à ce que la tarification de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable, et habilitait cette autorité à imposer des modifications à la prédite offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale lorsque ces modifications sont justifiées. Il habilitait enfin l'autorité d'intervenir, lorsque cela se justifiait, de sa propre initiative, pour assurer la non-discrimination, une concurrence équitable, ainsi que l'efficacité économique et le plus grand bénéfice pour les utilisateurs.

50. La loi belge du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques telle que modifiée par la loi du 2 janvier 2001 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses (« la loi du 21 mars 1991 »), disposait que les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne, entre autres, l'accès dégroupé à la boucle locale. Selon cette loi, l'Institut avait la faculté de lever cette obligation, lorsqu'il estimait que la concurrence est présente dans une mesure suffisante sur le marché de l'accès local. Elle imposait à l'opérateur notifié de lui communiquer au plus tard le 15 septembre de chaque année une offre de référence concernant l'accès dégroupé à la boucle locale. L'Institut devait communiquer ses remarques et ses éventuelles modifications qui devaient être apportées à cette offre, avant le 15 novembre, et l'opérateur notifié disposait d'un délai d'un mois pour effectuer les modifications et publier l'offre de référence. La loi disposait aussi que l'Institut prenait toutes les mesures pour assurer une concurrence réelle sur le marché de l'accès dégroupé à la boucle locale.

Le nouveau cadre

51. Les directives du 7 mars 2002, et notamment la Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès aux réseaux de

communications électroniques et aux ressources associées (« la Directive Accès »), ont introduit un nouveau cadre réglementaire par rapport à l'ancien cadre décrit ci-devant.

52. Ainsi, la Directive Cadre habilite l'autorité réglementaire nationale d'imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris, entre autres, les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts, 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. L'autorité doit tenir compte des investissements réalisés par l'opérateur et lui permettre une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus. L'autorité doit aussi veiller 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. A cet effet, l'autorité peut également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés concurrentiels comparables.

53. Le nouveau cadre prévoit également que lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, il lui incombe de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissement raisonnable.

54. Afin de calculer les coûts de la fourniture d'une prestation efficace, il est également prévu que l'autorité puisse utiliser des méthodes de comptabilisation des coûts distinctes de celle appliquées par l'entreprise. L'autorité peut également demander à une entreprise de justifier intégralement ses prix et si nécessaire, en exiger l'application.

55. Il découle également du nouveau cadre et notamment des considérants de la directive, qu'un contrôle des prix puisse se révéler nécessaire lorsque l'analyse du marché donné met en évidence un manque d'efficacité de la concurrence. Ainsi, l'autorité peut intervenir de manière relativement limitée (par exemple en imposant une obligation concernant la fixation de prix raisonnables pour la sélection de l'opérateur) ou de manière beaucoup plus contraignante, en obligeant, par exemple, l'opérateur à orienter les prix en fonction des coûts afin qu'ils soient entièrement justifiés lorsque la concurrence n'est pas suffisamment vive pour éviter la tarification excessive. Lorsqu'une autorité calcule les coûts engagés pour établir un service rendu obligatoire par la directive, il est également prévu dans les considérants de permettre une rémunération raisonnable du capital engagé, y compris les coûts de la main d'œuvre et de la construction. Le cas échéant, la valeur du capital adaptée, la méthode de récupération des coûts devrait être adaptée aux circonstances pour refléter l'évaluation actualisée des actifs et de l'efficacité de la gestion en tenant compte de la nécessité de promouvoir l'efficacité ainsi qu'une concurrence durable et d'optimiser les profits pour les consommateurs.

56. Il résulte de tout ce qui précède que le nouveau cadre, en reprenant certains objectifs de l'ancien cadre (« promouvoir l'efficacité économique, favoriser une concurrence durable et optimiser les avantages pour le consommateur » à comparer avec les objectifs de l'ancien cadre : « veiller à ce que la tarification favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable » et « assurer la non-discrimination, une concurrence équitable, l'efficacité économique, le plus grand bénéfice pour les utilisateurs »), modifie cet ancien cadre tant en ce qui concerne l'hypothèse de départ qu'en ce qui concerne les facultés dont dispose l'autorité réglementaire nationale.

57. Ainsi, la possibilité d'imposer l'obligation de l'orientation des prix ou tarifs en fonction des coûts existe toujours, mais elle est devenue facultative – et, parmi les autres remèdes, même la plus contraignante – et subordonnée à une analyse du marché donné, indiquant 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. Par ailleurs, le nouveau cadre explicite les limites d'intervention de l'autorité en l'obligeant, d'une part, à tenir compte des investissements réalisés par l'opérateur et lui permettre une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus et, d'autre part, à permettre une rémunération raisonnable du capital engagé, y compris les coûts de la main-d'œuvre et de la construction. Le cas échéant, la valeur du capital adaptée pour refléter l'évaluation actualisée des actifs et de l'efficacité de la gestion, la méthode de récupération des coûts doit être adaptée aux circonstances en tenant compte de la nécessité de promouvoir l'efficacité et une concurrence durable et d'optimiser les profits pour les consommateurs.

58. Bien que le nouveau cadre soit d'application dans tous les Etats membres à partir du 25 juillet 2003, ses dispositions n'ont été transposées en droit belge que par **la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (« la loi du 13 juin 2005 »)**. Il faut ajouter immédiatement que la prédite loi comprend dans son article 106 des dispositions transitoires qui font que les obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché par ou en vertu de la loi du 21 mars 1991 précitée, sont maintenues jusqu'au moment où, au terme de l'analyse du marché pertinent dans lesquelles elles s'inscrivent, l'autorité rend une décision concernant chacune de celles-ci conformément à la nouvelle loi. A défaut d'analyse du marché au moment où la décision attaquée a été rendue, l'ancien cadre, tel que décrit ci-avant, est applicable dans le cas d'espèce.

Le premier grief de BELGACOM

Les observations de BELGACOM

59. BELGACOM demande qu'il soit ordonné à l'IBPT, avant dire droit, de lui communiquer l'intégralité de quatorze pièces indiquées, et de lui permettre de conclure sur ces pièces.

60. BELGACOM estime que ces pièces sont essentielles pour lui permettre

d'exercer ses droits de la défense en vue d'une protection juridique effective et donc lui permettre d'exercer en complète connaissance de cause son recours contre la décision attaquée du 29 novembre 2006. Selon BELGACOM, l'IBPT a grandement tenu compte de ces pièces, comportant les réponses des opérateurs au « tour de table » et à la consultation publique, notamment pour la fixation du prix des blocks. BELGACOM ajoute, de manière générale, que la décision comporte, en tête de chacune de ses parties, la position des opérateurs alternatifs.

61. BELGACOM s'oppose au respect de la confidentialité, pour autant qu'il n'y ait pas de justification de l'absolue nécessité de cette confidentialité.

Les observations de l'IBPT

62. L'IBPT se réfère à sa communication du 31 janvier 2007, modifiant celle du 15 mars 2005, dans laquelle il indiquait qu'il était tenu par l'appréciation donnée par un opérateur sur la nature confidentielle ou par des informations qui lui sont transmises.

63. Il explique qu'il a publié cette nouvelle communication suite à, d'une part, la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles interdisant l'IBPT de divulguer des informations qui sont par nature secrètes et qui ont été identifiées comme telles au moment de leur communication sans qu'il soit nécessaire que la partie à la base de ce type d'informations motive sa demande de traitement confidentielle, et, d'autre part, le point de vue de BELGACOM même, selon lequel l'IBPT ne pourrait décider unilatéralement du caractère confidentiel ou non d'une information transmise par BELGACOM sous le sceau de la confidentialité sans méconnaître les principes de bonne administration et particulièrement le devoir de prudence qui s'impose à lui en sa qualité d'autorité administrative.

64. Il en déduit qu'il pourra communiquer une version non confidentielle des pièces qui portent la mention de confidentielle dans l'inventaire s'il reçoit, de la part de l'auteur des pièces, cette version non confidentielle.

65. Dans le cas d'espèce, l'IBPT a posé cette question aux auteurs des pièces.

La décision de la cour

66. La cour décidera de ce premier grief de BELGACOM relatif à la communication des pièces dites confidentielles lorsqu'elle traitera, le cas échéant, du fondement des prémisses du raisonnement de l'IBPT dans sa décision attaquée du 29 novembre 2006, et ce, dans l'hypothèse où les dites pièces auraient servi de base à ladite décision. Ce n'est que dans cette hypothèse que BELGACOM aurait un intérêt fondé à soulever la violation de ses droits de défense et invoquer son droit à un recours juridique effectif, et que la cour serait amenée à se prononcer. Ainsi qu'il apparaîtra plus loin,

cette hypothèse n'est pas d'actualité dans le cas d'espèce.

Le deuxième grief de BELGACOM

Les observations de BELGACOM

67. Selon BELGACOM, l'IBPT n'était pas compétent pour prendre seul la décision attaquée du 29 novembre 2006. Pour ce motif, la décision attaquée du 29 novembre 2006 doit être mise à néant.

68. BELGACOM se réfère à l'article 14, § 2, 5°, de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (« la loi – statut »), depuis sa modification par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, libellé comme suit :

« L'Institut peut uniquement prendre des décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les Communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les Communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques. »

69. Toujours selon BELGACOM, cette disposition étant entrée en vigueur le 31 décembre 2005, l'IBPT devait l'appliquer lorsqu'il prenait sa décision attaquée du 29 novembre 2006.

70. En prenant seul la décision attaquée du 29 novembre 2006 seul, l'IBPT a méconnu, selon BELGACOM, non seulement la prédite disposition légale mais également le principe à valeur constitutionnelle relatif à la séparation des Pouvoirs.

71. Pour soutenir sa thèse, BELGACOM se réfère à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, à la doctrine, au point de vue de l'IBPT exprimé dans sa décision du 19 juin 2006 relative à l'analyse des marchés 1 et 2, aux compétences des communautés et leurs limites, au contenu de l'accord de coopération du 17 novembre 2006, ainsi qu'au fait que la décision attaquée du 29 novembre 2006 est relative aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les communautés sont également compétentes.

Les observations de l'IBPT

72. L'IBPT part d'une distinction entre les compétences attribuées aux communautés, d'une part, et la compétence résiduelle attribuée à l'autorité fédérale, d'autre part. Les premières comprennent les compétences culturelles, notamment la radio et la télévision, alors que la compétence résiduelle comprend les autres formes de télécommunications. Partant du principe de l'exclusivité, les communautés sont exclusivement compétentes

en matière de radiodiffusion et de télévision, alors que l'autorité fédérale reste compétente pour les autres formes de télécommunications en vertu de ses compétences résiduelles.

73. Selon l'IBPT, la règle de la proportionnalité, qui doit être respectée par l'Etat, les communautés et les régions dans l'exercice de leurs compétences, implique que ces collectivités politiques ne peuvent pas rendre impossible ou exagérément difficile la mise en œuvre par un autre législateur de ses compétences.

74. Toujours selon l'IBPT, une offre de référence BRUO vise à donner aux opérateurs un accès à l'infrastructure ou au réseau de BELGACOM et à déterminer les modalités qualitatives et quantitatives de cet accès, peu importe les services qui peuvent être fournis grâce à l'utilisation de ce réseau. L'offre BRUO ne vise pas l'accès à des services, mais l'accès à un réseau. Cette distinction que l'IBPT qualifie d'essentielle, a pour conséquence qu'il faut analyser au cas par cas le contenu réel de la décision prise pour déterminer si celle-ci peut interférer sur les services qui relèvent de la compétence des régulateurs communautaires.

75. L'IBPT poursuit qu'en l'espèce, la décision attaquée du 29 novembre 2006 a un objet très limité : elle concerne les équipements (« blocks and tie cables ») qui permettent aux opérateurs alternatifs d'accéder à la boucle locale. L'IBPT n'aperçoit pas en quoi la décision attaquée du 29 novembre 2006 aurait ou pourrait avoir la moindre incidence sur les compétences des communautés, puisqu'elle ne concerne en rien les compétences matérielles des communautés en matière de radio et télévision.

76. L'IBPT déduit de tout ce qui précède que l'article 14 de la loi – statut s'applique uniquement aux décisions de l'IBPT qui peuvent avoir une incidence sur les compétences des communautés et non pas à toute décision de l'IBPT relative à l'infrastructure ou au réseau de communications électroniques. Une autre lecture reviendrait à limiter excessivement ou de manière disproportionnée les compétences de l'autorité fédérale, au mépris des règles de répartition des compétences et du principe d'exclusivité.

77. L'IBPT ajoute que le risque de décisions contradictoires est inexistant.

78. Pour soutenir sa thèse, l'IBPT fait référence à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ainsi qu'à la doctrine.

79. Il rejette les prétentions de BELGACOM quant à l'attitude de l'IBPT à l'occasion de l'analyse du marché 11 – notamment qu'une coopération était justifiée – ainsi qu'aux arguments tirés par BELGACOM de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n^o 41.711/VR du 28 novembre 2006 dont la portée doit être relativisée.

80. S'il devait subsister le moindre doute sur la compétence de l'IBPT pour intervenir seul comme il l'a fait, même en l'absence de l'accord de coopération visé à l'article 14 de la loi – statut, l'IBPT suggère de poser une

question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, dans les termes suivants :

« L'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et télécommunications belges, interprété en ce sens que l'IBPT peut intervenir seul, même en l'absence de l'accord de coopération visé dans cette disposition, pour prendre une décision relative à l'infrastructure de communications électroniques comme celle de Belgacom, lorsque ladite décision est étrangère aux compétences des communautés en matière de radio et télévision, est-il compatible avec les articles 127 de la Constitution et 4, 6^o de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ? ».

La décision de la cour

81. La loi-statut du 17 janvier 2003 énumérait, lors de sa promulgation au Moniteur Belge du 24 janvier 2003 (Ed. 3, p. 2593), en son article 14 sous la section 2 de son chapitre III concernant l'Institut, les « Compétences et Missions » de l'IBPT et prévoyait, dans le cadre des compétences de l'Institut, une coopération avec plusieurs autorités - sans faire mention des autorités de régulation communautaires et régionales belges - selon des modalités de « coopération, consultation et d'échange d'informations entre ces autorités et l'Institut » à fixer par le Roi.

82. Par requête adressée à la Cour d'Arbitrage (actuellement la Cour Constitutionnelle) le 24 juillet 2003, le Gouvernement flamand a introduit un recours en annulation de la loi – statut du 17 janvier 2003 (ainsi que d'autres lois).

83. Il convient de souligner que, dans cette affaire, des mémoires (et des mémoires en réplique) ont été introduits par le Gouvernement flamand, la société anonyme BELGACOM, l'IBPT, ainsi que par le Conseil des ministres. L'IBPT y était représenté et a fait valoir ses moyens, partiellement en se ralliant aux moyens avancés par le Conseil des ministres.

84. Les enseignements de l'arrêt 132/2004 du 14 juillet 2004 de la Cour Constitutionnelle peuvent être résumés comme suit :

- (1) Il y a une absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés pour déterminer les compétences du régulateur, en tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques. Cette nécessité de coopération dans les sujets d'intérêt commun est également imposée par la Directive Cadre. La raison commune à ces deux nécessités de prévoir une coopération est la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information.
- (2) La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles – et notamment son article 92bis - ne prévoit pas une obligation de coopération, ce qui a pour conséquence de ne pas causer une violation

des règles de compétence, mais le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences est violé lorsque les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération.

85. Concluant à la nullité de la loi – statut du 17 janvier 2003 « en tant que sont attribuées à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications des compétences en matière d'infrastructure de transmission électronique, qui est commune à la radiodiffusion et à la télévision, ainsi qu'aux télécommunications », la Cour a maintenu « les effets de la disposition annulée jusqu'à l'entrée en vigueur de la réglementation prise de commun accord visée au B.7.1 et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005 ». Le considérant B.7.1. disposait : « Afin d'éviter l'insécurité juridique qui découlerait de l'annulation et de permettre au régulateur de continuer à exercer ses activités, les effets des dispositions annulées doivent être maintenus, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005. »

86. La question des compétences respectives de l'Etat fédéral, d'une part, et des Communautés, d'autre part, dans le domaine de la communication électronique se retrouve également dans d'autres arrêts de la Cour constitutionnelle ainsi que dans des avis émis par la section législation du Conseil d'Etat (STEVENS, D., *De bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatie : van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp ?*, Auteurs & Media, 2005/2, 163-166). Les arrêts et les avis sont concordants.

87. Suite à l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004 de la Cour Constitutionnelle, le législateur fédéral a, par la loi du 20 juillet 2005 « portant des dispositions diverses », réécrit l'article 14 de la loi – statut du 17 janvier 2003, en reprenant l'ancien article 14, mais en le complétant, entre autre, comme suit (les ajouts sont soulignés par la cour) : « § 2. Dans le cadre de ses compétences, l'Institut : (...) 3° coopère et communique de l'information à : (...) f) les autorités régulatrices des Communautés et des Régions, selon les modalités convenues dans les accords de coopération avec ces niveaux de pouvoir ; (...) 5° l'Institut peut uniquement prendre des décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les Communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les Communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques. (...) »

88. Le 17 novembre 2006, l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone ont signé un accord de coopération « relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'information et lors de l'exercice des compétences en

matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision » (M.B., 28 décembre 2006, édition 3). Les considérants de cet accord font expressément référence aux considérants de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle. Son article 11 prescrit : « Le présent accord de coopération entre en vigueur après son approbation par les Chambres législatives fédérales et les Communautés. » Il est entré en vigueur le 19 septembre 2007.

89. Dès son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2006, le nouvel article 14 de la loi – statut du 17 janvier 2003 imposait à l'IBPT - ce que l'IBPT savait déjà par l'enseignement de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 14 juillet 2004, puisqu'il était représenté dans l'affaire - d'une part, de coopérer et de communiquer de l'information aux autorités régulatrices des Communautés et des Régions selon les modalités convenues dans les accords de coopération avec ces niveaux de pouvoir, et, d'autre part, de ne prendre uniquement des décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les Communautés sont également compétentes, qu'après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les Communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques. L'IBPT savait également que l'obligation de coopération était conforme aux prescrits de la Directive Cadre. Enfin, l'IBPT en connaissait la raison : la convergence technologique des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, invoquée tant par la Cour Constitutionnelle que par la Directive Cadre. Il est également à souligner que l'accord de coopération, bien que n'étant pas encore entré en vigueur, était connu par l'IBPT au moment où il prenait la décision attaquée du 29 novembre 2006, puisque l'accord de coopération date du 17 novembre 2006.

90. Il faut ajouter que l'arrêt n^o 132/2004 du 14 juillet 2004 de la Cour Constitutionnelle s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence qui englobait, depuis longtemps, dans les compétences des Communautés, les aspects techniques de la radiodiffusion et de la télévision. Cette jurisprudence étant dépassée par le phénomène de la déspecialisation des réseaux ayant pour conséquence l'attribution de la compétence pour les mêmes infrastructures à plusieurs autorités, ce qui avait amené le Conseil d'Etat à aviser, déjà en 2002, le législateur de conclure préalablement un accord de coopération conformément au cadre réglementaire européen (voir l'avis du Conseil d'Etat du 5 juin 2002 sur l'avant projet de loi relatif au statut du régulateur fédéral – Conseil d'Etat, Législation, L.33.255/4 du 5 juin 2002, Doc. Parl., 2001-2002, n^o 1937/001, 57). La nécessité d'un accord de coopération entre l'Etat fédéral et les Communautés sur base de l'article 92bis de la Constitution, due à la convergence technologique, était par ailleurs également préconisée par une partie de la doctrine (voir, par exemple : VELAERS, J., « De bevoegdheidsverdeling inzake radio en televisie (artikel 4, 6°, B.W.H.I.) in het medialandschap van de 21ste eeuw », AM, 2000, p. 228 e.s., notamment p. 242, n^o 36 ; pour un résumé de la jurisprudence et de la doctrine, voir : JUDO, F., « Heterogene bevoegdheidspakketten als bron van verplichte

samenwerking », RABG, 2005/05, p. 414 e.s.).

91. Dans le cas d'espèce, l'IBPT fait une distinction, selon lui « essentielle », entre l'accès à un réseau et les services que ce réseau permet de prester. Il ajoute qu'il faut chaque fois analyser le contenu réel de la décision prise pour déterminer si celle-ci peut interférer sur les services qui relèvent de la compétence des régulateurs communautaires. Toujours selon l'IBPT, la décision attaquée ne concerne que le prix des équipements (les « blocks » et les « tie cables ») qui permettent aux opérateurs alternatifs d'accéder à la boucle locale, et cette décision n'interfère en rien aux compétences des autorités communautaires. En outre, le risque de décisions contradictoires serait inexistant.

92. En résumé, l'IBPT invoque une distinction ou, autrement dit, avance une interprétation restrictive de la loi, que ni la Cour Constitutionnelle ni le législateur font. Au contraire, la raison d'être du nouvel article 14 de la loi – statut du 17 janvier 2003 et notamment les considérants de l'arrêt précité de la Cour Constitutionnelle, confortés par la Directive Cadre, appellent à une coopération, sans réserve et sans distinction, en matière d'infrastructure des communications électroniques parce que les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en cette matière sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus – dès le 31 décembre 2005 - être exercées qu'en coopération. Les « blocks » et les « tie cables » font partie de l'infrastructure des communications électroniques, c'est-à-dire l'infrastructure par laquelle passent les différents services et notamment les services de radiodiffusion et de télévision.

93. Tout cela résulte également du champ d'application, connu par l'IBPT à la date de la décision attaquée du 29 novembre 2006, de l'accord de coopération du 17 novembre 2006. Ainsi l'article 2 de cet accord entend par « réseau de communications électroniques : les systèmes de transmission active ou passive et, le cas échéant, les équipements de communication ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques », et l'article 3 impose que « chaque projet de décision d'une autorité de régulation relatif aux réseaux de communications électroniques est transmis par cette autorité aux autres autorités de régulation ».

94. Dans ce contexte, il ne faut pas, contrairement à ce que préconise l'IBPT, rechercher d'avantage si la décision risquerait d'interférer, voir même interfère, sur les services qui relèvent de la compétence des régulateurs communautaires. En effet, l'IBPT ne pourrait préjuger de l'existence de ce « risque », étant donné que celui-ci ne pourrait s'avérer qu'après le déroulement de la coopération préalable. Dans l'hypothèse où les régulateurs communautaires ne soulèvent aucune objection, l'IBPT ne rencontrera aucun obstacle à faire accepter sa décision.

95. Il est également erroné de prétendre, comme le fait l'IBPT, que la décision attaquée n'intervient pas dans des matières culturelles, qui relèvent de la compétence exclusive des Communautés, et que, dès lors, elle ne peut pas refléter une atteinte disproportionnée aux compétences des Communautés. La loi – lue à la lumière de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle ainsi que de la Directive Cadre – n'a pas pour objet de sanctionner l'intervention de l'IBPT par ses décisions dans des matières culturelles qui tombent sous la compétence exclusive des Communautés, mais bien de sanctionner l'absence de coopération. La loi ne touche en rien aux compétences exclusives et elle ne limite pas excessivement ou de manière disproportionnée, comme le prétend à tort l'IBPT, les compétences de l'autorité fédérale, au mépris des règles de répartition des compétences et du principe d'exclusivité. Toutes les hypothèses, invoquées par l'IBPT, se heurteraient non pas à l'obligation de coopération mais bien aux règles de répartition des compétences, tels que définis par la Constitution ainsi que par la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Tel est le point de vue de la Cour Constitutionnelle : le fait de réserver au régulateur fédéral la compétence de prendre seul, sans connaître les autres régulateurs du Royaume, des décisions concernant l'infrastructure des communications électroniques, ne viole pas les règles de répartition des compétences, mais bien le principe de proportionnalité qui s'oppose à ce que, en matière d'infrastructure des communications électroniques, il n'y ait pas de coopération entre les régulateurs respectifs du Royaume. Tel est également le but poursuivi par la Directive Cadre : la nécessité de coopérer, lorsqu'il y a plusieurs autorités compétentes, vu la convergence technologique et notamment la déspecialisation de l'infrastructure. Tel est également ce qui a été la volonté expresse et non équivoque de tous les législateurs concernés du Royaume en souscrivant l'accord de coopération, lequel prescrit, dans son article 3, que chaque projet de décision d'une autorité de régulation relatif aux réseaux de communications électroniques est transmis par cette autorité aux autres autorités de régulation. Tel est, enfin, également l'avis de la section législation du Conseil d'Etat du 28 novembre 2006, précédant la conclusion de l'accord de coopération : « même si les autorités concernées restent dans les limites de leurs compétences respectives en ce qui concerne, d'une part, la transmission des programmes de radio et de télévision – compétence des communautés – et, d'autre part, les autres services de communications électroniques – compétence de l'autorité fédérale – il y a néanmoins la nécessité de coopérer et il y a une interdiction de prendre des décisions unilatérales » (voir : Conseil d'Etat, Législation, n^o 41.711/VR, du 28 novembre 2006).

96. L'observation de l'IBPT qu'à suivre le raisonnement précédent, le régulateur (fédéral) ne pourrait tout simplement plus intervenir en matière d'accès dégroupé à la boucle locale aussi longtemps que l'accord de coopération visé à l'article 14 de la loi – statut du 17 janvier 2003 n'est pas en vigueur, et que ce constat serait « manifestement » incompatible avec le cadre réglementaire européen, est également non fondée pour les raisons déjà énoncées plus haut. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, les

avis du Conseil d'Etat et la loi – statut du 17 janvier 2003 sont en conformité avec les prescrits de la Directive Cadre, laquelle prévoyait une application de ses dispositions pour le 25 juillet 2003. Dans la Directive Cadre, l'article 3.4., lu à la lumière du considérant (5), ne peut être compris que comme une incitation à la coopération dans l'hypothèse où plusieurs autorités étaient compétentes.

97. En effet, le considérant (5) dispose :

« (5) La convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information implique que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire. Ce cadre réglementaire se compose de la présente directive et de quatre directives particulières: (..) Il est nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus. Ce cadre ne s'applique donc pas aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques à l'aide de services de communications électroniques, tels que les contenus radiodiffusés, les services financiers et certains services propres à la société de l'information, et ne porte donc pas atteinte aux mesures relatives à ces services qui sont arrêtées au niveau communautaire ou national, conformément au droit communautaire, afin de promouvoir la diversité culturelle et linguistique et de garantir la défense du pluralisme des médias. (...) La séparation entre la réglementation de la transmission et la réglementation des contenus ne porte pas atteinte à la prise en compte des liens qui existent entre eux, notamment pour garantir le pluralisme des médias, la diversité culturelle ainsi que la protection du consommateur. »

98. Et l'article 3, 4. stipule que :

« Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun.

Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible. »

99. Ainsi la Directive Cadre tient compte de la convergence technologique, exprime le souhait que tous les réseaux de transmission et les services associés (sic !) soient soumis à un même cadre réglementaire, admet que les

tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales puissent être confiées à plusieurs organismes, mais impose, dans ce cas, la consultation et la coopération entre ces autorités. Cette obligation de la Directive Cadre est inconditionnelle et suffisamment précise, et peut, dès lors, à défaut d'implémentation de cette obligation par les législateurs belges au plus tard le 25 juillet 2003 (date imposée par la Directive Cadre), être invoquée par BELGACOM à l'encontre de l'IBPT (voir : CJCE, Arrêt du 12 juillet 1990, en cause de A. FOSTER e.a. contre BRITISH GAS PLC, Affaire C-188/89, ainsi que les conclusions de l'avocat général VAN GERVEN, présentées le 8 mai 1990, Recueil de jurisprudence 1990 page I-103313, notamment le considérant 22 : « Les particuliers peuvent invoquer une disposition inconditionnelle et suffisamment précise telle que (...) de la directive (...) à l'encontre d'une personne ou d'un organisme, (...), à l'égard de laquelle l'Etat – considéré comme tout organisme investi d'une autorité publique, quels que soient les rapports avec d'autres organismes publics et quelle que soit la nature de la fonction qui lui a été conférée – assume une responsabilité qui le met en mesure d'influencer de façon déterminante et de quelque manière que ce soit (hormis l'exercice d'une compétence législative générale) le comportement de cette personne ou cet organisme, et cela en rapport avec la matière dans laquelle la disposition concernée de la directive impose une obligation que l'Etat membre a omis de transposer dans son droit national ».).

100. Tout ce qui précède relève du bon sens dans un Etat fédéral où plusieurs autorités sont compétentes en matière d'infrastructure des communications électroniques ; la loyauté entre les autorités, qui n'est qu'une application du principe de proportionnalité, impose que ces autorités coopèrent et s'informent mutuellement. Le législateur européen a confirmé et imposé cette obligation de coopération et d'information en tenant compte de la convergence technologique en la matière de l'infrastructure des communications électroniques ; il résulte de la jurisprudence communautaire que le régulateur (tant fédéral que communautaire belge) ne peut se cacher derrière l'inertie ou le retard dans le chef de l'Etat quant à l'implémentation d'une obligation inconditionnelle et suffisamment précise de la Directive Cadre.

101. Il découle de tout ce qui précède que la décision attaquée du 29 novembre 2006 est illégale, parce que contraire à l'article 14, § 2, 5°, de la loi-statut du 17 janvier 2003.

102. L'illégalité de la décision attaquée du 29 novembre 2006 conduit à son annulation.

103. Il n'y a pas lieu de poser à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle proposée par l'IBPT (« L'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et des télécommunications belges, interprété en ce sens que l'IBPT peut intervenir seul, même en l'absence de coopération visée dans cette disposition, pour prendre une décision relative à

une infrastructure de communications électroniques comme celle de Belgacom, lorsque ladite décision est étrangère aux compétences des communautés en matière de radio et télévision, est-il compatible avec les articles 127 de la Constitution et 4, 6° de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ? ») dès lors qu'elle part d'une prémisse erronée, à savoir qu'il s'agirait d'un problème de répartition de compétences, alors qu'il s'agit en réalité, comme la Cour Constitutionnelle l'a clairement indiqué dans son arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, d'un problème de violation du principe de proportionnalité.

104. Le deuxième grief de BELGACOM est fondé.

Le troisième grief de BELGACOM

Les observations de BELGACOM

105. Faisant une distinction entre, d'une part, la proposition tarifaire soumise par BELGACOM le 20 octobre 2006 qui n'est pas en vigueur et, d'autre part, la proposition tarifaire soumise par BELGACOM le 15 septembre 2005 qui est en vigueur, BELGACOM fait grief à l'IBPT qu'il examine celle du 15 septembre 2005 et puis impose, sans autre examen ni justification, une modification de celle du 20 octobre 2006, en laissant inchangée sa décision du 9 novembre 2005, laquelle n'a en rien modifié la proposition tarifaire du 15 septembre 2005.

106. Selon BELGACOM, cette distinction est à la fois juridique et surtout factuelle : les modalités opérationnelles, les structures de coûts et les tarifs ont été significativement modifiés par la nouvelle proposition tarifaire.

107. Toujours selon BELGACOM, le rejet de la nouvelle proposition du 20 octobre 2006 n'autorise pas l'IBPT à modifier d'un même contexte, sans autres motifs, l'offre du 15 septembre 2005, puisque, lors de l'examen de cette dernière, aucune modification n'avait été imposée.

108. BELGACOM déduit de ce qui précède que l'IBPT modifie l'offre en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006, sans justification légale et qu'il méconnaît ainsi les articles 3.3. et 4.2.a) du Règlement européen 2887/2000, et 108bis, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991, de sorte que la décision attaquée du 29 novembre 2006 doit être annulée.

Les observations de l'IBPT

109. L'IBPT ne conteste pas que, par sa décision du 9 novembre 2005 relative au BRUO 2006, il n'a pas imposé une modification des tarifs des « blocks » et « tie cables », mais conteste qu'il en résulte qu'il aurait approuvé l'offre de référence de BELGACOM sur les points non modifiés ou qu'il aurait tacitement constaté que ceux-ci étaient conformes aux obligations légales de BELGACOM en manière telle qu'il aurait perdu toute possibilité d'intervention

ultérieure.

110. L'IBPT soutient qu'il peut intervenir à tout moment pour imposer une modification de l'offre de référence, et que l'absence de modification à l'occasion d'une décision par laquelle il modifie certains aspects de l'offre de référence, ne vaut pas approbation des éléments non modifiés et n'empêche donc pas le régulateur de modifier l'offre ou certains aspects de cette offre, par une décision ultérieure.

111. L'IBPT confirme que sa décision porte bien sur la nouvelle proposition tarifaire de BELGACOM du 20 octobre 2006, et la modification de cette offre implique la modification de l'annexe indiquée de l'offre BRUO 2006, puisque cette annexe comprend les tarifs des « blocks » et « tie cables ». L'IBPT ajoute que la décision ne produit pas d'effets rétroactifs.

La décision de la cour

112. Les articles 3.3. et 4.2.a) du **Règlement 2887/2000** disposent :

« 3.3. Sans préjudice de l'article 4, paragraphe 4, les opérateurs notifiés orientent les tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes en fonction des coûts. » [l'article 4, paragraphe 4, dispose : « Lorsque l'autorité réglementaire nationale constate que le marché de l'accès local fait l'objet d'une concurrence suffisante, elle lève l'obligation faite aux opérateurs notifiés, à l'article 3, paragraphe 3, d'établir les prix en fonction des coûts. »]

« 4.2.a) L'autorité réglementaire nationale 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. »

113. L'article 108bis, § 1, de la **loi du 21 mars 1991** tel qu'il était d'application lorsque l'IBPT a pris la décision attaquée du 29 novembre 2006 disposait :

« Chaque opérateur notifié communique à l'Institut, au plus tard le 15 septembre de chaque année, une offre de référence concernant l'accès dégroupé à la boucle locale. Avant le 15 novembre, l'Institut communique ses remarques et les éventuelles modifications qui doivent être apportées à cette offre. L'opérateur notifié dispose d'un délai d'un mois pour effectuer et publier l'offre de référence. »

114. Il découle notamment des dispositions du Règlement 2887/2000 précitées que l'IBPT est habilité 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, à savoir lorsque les tarifs de BELGACOM en tant qu'opérateur notifié ne sont pas orientés sur les coûts. Cette habilitation n'est pas limitée dans le temps, de sorte que l'IBPT peut, à chaque instant, imposer des modifications à l'offre BRUO de l'opérateur notifié, pour autant que sa décision soit justifiée.

115. Les dispositions précitées de la loi du 21 mars 1991 ne peuvent pas conduire à une conclusion qui serait contraire aux dispositions également précitées du Règlement 2887/2000. Elles doivent être lues à la lumière de ces dispositions.

116. Sous réserve de la justification des modifications imposées, l'IBPT a, dans le cas d'espèce, imposé des modifications à l'offre BRUO par sa décision attaquée du 29 novembre 2006 qu'il n'avait pas imposées lors de sa décision du 9 novembre 2005 relative à cette offre.

117. Etant donné que l'IBPT peut, en règle générale, imposer à chaque instant des modifications et que cette faculté n'est en règle pas conditionnée par une décision antérieure, l'IBPT n'a pas violé les dispositions invoquées.

118. Le fait que l'IBPT ait imposé des modifications à l'offre BRUO lors de l'examen d'une proposition tarifaire qui est faite au cours de négociations entre lui-même et l'opérateur notifié – à la demande de cet opérateur et avec pour objectif d'éliminer toute incertitude quant aux tarifs des « blocks » et « tie cables » dans le cadre de l'accès dégroupé à la boucle locale, mais en dehors du « tableau chronologique » prévue par la loi du 21 mars 1991 – ne change en rien la conclusion que l'IBPT est habilité à imposer ces modifications à chaque instant, pour autant qu'elles soient justifiées.

119. Le troisième grief de BELGACOM n'est pas fondé.

Le quatrième grief de BELGACOM

Les observations de BELGACOM

120. BELGACOM fait grief à l'IBPT que la décision attaquée du 29 novembre 2006 repose sur un excès des pouvoirs qui lui ont été attribués.

121. Se référant aux prescrits du Règlement 2887/2000, BELGACOM définit le pouvoir de l'IBPT comme la faculté d'imposer des modifications de l'offre de référence, pour autant que ces modifications soient fondées sur la constatation d'une absence de conformité de l'offre de référence avec les obligations qui pèsent sur l'opérateur notifié, à savoir :

- (i) inclure dans l'offre de référence au minimum les éléments énumérés dans l'annexe du prédit Règlement,
- (ii) être suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer des éléments ou des ressources qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services,
- (iii) garantir des conditions et une qualité identiques à celles qu'il applique pour ses propres services ou pour les entreprises qui lui sont associées, et,

- (iv) offrir des tarifs transparents, non discriminatoires et équitables et, tant que le marché n'est pas concurrentiel, orientés en fonction des coûts .

122. En synthèse, BELGACOM, par son grief, reproche à la décision attaquée du 29 novembre 2006 de reposer sur des constatations non vérifiées concrètement ou erronées en fait, d'être le résultat d'une intervention arbitraire de l'autorité administrative, d'excéder les compétences de celle-ci et, par conséquent, d'être, de ces différents chefs, illégale.

123. Dans le développement de son quatrième grief, BELGACOM part d'une définition du principe de l'orientation des prix en fonction des coûts, s'opposant à la conception que se fait l'IBPT de ce principe, à savoir que ce principe implique que les tarifs proposés doivent être représentatifs des coûts qui seraient exposés par un opérateur efficace.

124. BELGACOM s'oppose notamment à ce qu'elle appelle, dans le chef de l'IBPT, un préjugé d'abus de position dominante, lorsque l'IBPT avance, dans la décision attaquée du 29 novembre 2006, qu'un opérateur puissant, soumis à l'orientation des prix sur les coûts, pourrait profiter de ce principe pour inclure dans ses coûts toutes sortes de coûts dus à son inefficacité et à ses manquements propres.

125. BELGACOM s'oppose également à la prétention de l'IBPT que BELGACOM a déjà acquiescé à sa conception du principe de l'orientation des prix en fonction des coûts, n'ayant pas attaqué *in illo tempore* un avis de l'IBPT du 28 février 2001, dans lequel l'IBPT avait déjà exposé sa conception du prédit principe.

126. BELGACOM s'oppose enfin à la prétention de l'IBPT que son interprétation du principe rappelé ci-avant serait conforme à l'article 13 et au considérant 20 de la Directive Accès, ainsi qu'à une position commune de l'*European Regulators Group* (« ERG » ou Groupe de Régulateurs Européens).

127. BELGACOM admet que l'autorité de régulation, en l'absence de règles précises, dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, lequel implique toutefois l'obligation pour cette autorité de respecter les principes de bonne administration relatifs à la justification et à la motivation de leur décision, respect sans lequel le pouvoir discrétionnaire devient le pouvoir arbitraire. En tout cas, toujours selon BELGACOM, ce pouvoir d'appréciation est limité au caractère manifeste de l'inefficacité, de sorte que l'IBPT doit justifier que le rejet de certains coûts réels, comme en l'espèce, est causé par une inefficacité manifeste dès lors que BELGACOM, pour sa part, a établi et détaillé la réalité des coûts.

128. Selon BELGACOM, l'orientation des prix sur les coûts, ainsi que la notion d'efficacité, sont nécessairement circonstanciées : leur contenu varie selon le contexte économique et technologique actuel d'un réseau de télécommunication donné, ayant connu son évolution propre. L'IBPT doit,

toujours selon BELGACOM, prendre en considération le réseau existant.

129. Après son exposé sur la conception du principe de l'orientation des prix en fonction des coûts, tel que résumé ci-avant, BELGACOM donne son point de vue sur plusieurs points de la décision attaquée du 29 novembre 2006, à savoir :

1. le prix des câbles,
2. le prix du « MDF Space » (soit la structure métallique principale),
3. le prix des « blocks »,
4. la majoration du prix des câbles et des « blocks »,
5. les durées d'intervention relatives aux « Fixed Operational Costs » (soit les coûts opérationnels fixes).

Les observations de l'IBPT

130. L'IBPT déduit des dispositions du Règlement 2887/2000 ainsi que de la loi du 13 juin 2005 qu'avant l'aboutissement de l'analyse du marché de l'accès à la boucle locale (marché 11), l'opérateur notifié sur le marché d'accès dégroupé à la boucle locale était tenu au respect d'une obligation légale d'orientation en fonction des coûts. Selon lui, l'ancien cadre est encore d'application et il impose à BELGACOM une obligation d'orientation en fonction des coûts, l'IBPT n'ayant pas le choix ni de marge de manœuvre, de sorte qu'il n'a pas à justifier en quoi l'obligation la plus contraignante en matière de contrôle tarifaire s'impose encore aujourd'hui.

131. Quant au contenu du principe de la notion d'orientation en fonction des coûts, l'IBPT se réfère à :

- la jurisprudence de la cour de céans, dont il déduit qu'il peut imposer des modifications lorsque celles-ci sont nécessaires pour favoriser l'établissement d'une concurrence loyale et durable, ainsi que pour éviter une tarification excessive, empêchant l'arrivée d'un nouvel entrant ou une compression des prix provoquant un *price squeeze*, ne permettant pas une concurrence durable, et que l'approche du régulateur exige le recours à un système de comptabilisation des coûts sur la base de branches d'activité, dans lesquels les coûts sont imputés pour chaque produit et/ou service sur la base de facteurs qui déterminent les coûts et des activités d'un opérateur efficace, le tout en vue d'encourager l'efficacité économique des opérateurs puissants,
- ses propres propos dans la décision attaquée du 29 novembre 2006, dans laquelle il défend la thèse selon laquelle l'obligation d'orientation sur les coûts, tant lorsqu'elle découle d'une obligation légale que d'une obligation imposée par l'IBPT, vise en tous cas un double objectif : (1) veiller à couvrir les coûts pertinents de l'opérateur PSM (en l'espèce les coûts pertinents de l'entretien et du maintien du réseau public), et à ce qu'il puisse bénéficier d'une marge acceptable, (2) éviter que l'opérateur PSM impose au niveau *wholesale* de tels tarifs aux opérateurs

alternatifs qu'une concurrence efficace soit fortement entravée ou ne soit plus possible,

- son complément concernant le *co-mingling*, approuvé par le Ministre des Télécommunications le 27.07.2001, à l'Avis de l'IBPT concernant l'offre de référence de BELGACOM pour l'accès dégroupé à la boucle locale, approuvé par le Ministre des Télécommunications le 28.02.2001 dans lequel il est dit qu'il faut partir du principe qu'en cas de colocalisation, on ne peut imputer des coûts qui ne sont pas essentiels, c'est-à-dire des coûts qui n'ont pas de valeur ajoutée pour le(s) OLO concerné(s) ou qui ne sont pas nécessaires pour BELGACOM en ce qui concerne la sécurité de ses équipements ou le maintien du même degré d'efficacité que pour la colocalisation, faisant référence aux coûts encourus par un opérateur efficace,
- l'article 13 de la Directive Accès, auquel il est fait référence dans la décision attaquée du 29 novembre 2006 et qui impose à l'autorité réglementaire nationale de veiller 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,
- le considérant 20 de la Directive Accès,
- la position commune de l'ERG,
- l'article 62, § 2, alinéa 2, de la loi du 13 juin 2005, parlant également de prestation efficace,
- le Conseil de la concurrence et la Commission européenne, qui ont encouragé, en ce qui concerne le marché 16, un calcul basé sur le principe d'efficacité économique.

132. Comme l'a fait BELGACOM, l'IBPT défend son point de vue en ce qui concerne les aspects de la tarification qui sont contestés.

La décision de la Cour

Le prix des câbles

133. La cour considère que la décision attaquée du 29 novembre 2006 justifie d'une façon motivée, qui n'est pas manifestement déraisonnable, l'imposition du calcul des prix des « tie cables » sur la base de leurs longueurs moyennes selon le lieu de connexion (respectivement les AGE, LEX et LDC). En effet, la décision indique clairement que les longueurs standard déjà existantes sont représentatives d'une installation rentable des espaces de colocalisation et de *co-mingling*, et cette considération est motivée par le constat que, de fait, les longueurs de câbles nécessaires dans la pratique sont également influencées par certains choix de BELGACOM en matière de placement d'espace de colocalisation : l'espace de colocalisation peut être le même espace que celui utilisé par BELGACOM pour installer ses propres DSLAM, et les DSLAM des OLO ne doivent dès lors pas être installés dans un local spécialement dédiés aux OLO, mais, dans la majorité des cas, il apparaît que

BELGACOM choisit de réserver un espace séparé pour installer les équipements des OLO, ce qui peut augmenter la distance entre ces équipements et le MDF – et donc la longueur du câble et donc le prix facturé à l'OLO – et entraîner un avantage injustifié à BELGACOM, au détriment de ses concurrents. Ensuite, la décision indique également que l'utilisation d'une moyenne reste un stimulant important pour trouver un espace approprié le plus près possible du MDF. Enfin, la décision indique également qu'elle reprend les moyennes qui étaient en vigueur les années précédentes et qui ont été calculées par BELGACOM.

Le prix du « MDF Space »

134. La cour considère que la motivation confidentielle de la décision attaquée du 29 novembre 2006 justifie d'une façon motivée, qui n'est pas manifestement déraisonnable, qu'il doit être tenu compte, contrairement à ce que BELGACOM souhaite, de l'ensemble des positions utilisées par bloc, à savoir les positions occupées tant bien pour les services PSTN que pour les services ADSL, afin de déterminer un coût logistique moyen par position. En effet, les « tie cables » constituent des liaisons entre l'équipement de BELGACOM et celui des OLO, lesquels peuvent utiliser leur équipement pour le service ADSL qui nécessite des positions sur les « blocs ». Enfin, l'IBPT démontre clairement que les coûts proposés par BELGACOM (pour un montant de 26.604.673,54 euros) englobent aussi bien les services PSTN que les services ADSL, en rejetant la thèse de BELGACOM mais tout en se basant sur le modèle des coûts de celle-ci, selon laquelle ce montant ne comprendrait le coût de la structure métallique qu'en ce qui concerne les services PSTN.

Le prix des « blocks »

135. La cour considère que la décision attaquée du 29 novembre 2006 ne justifie pas d'une façon motivée les raisons pour lesquelles elle rejette l'opposition très détaillée et motivée de BELGACOM (résumée aux pages 11 à 17 de la décision – version française) quant à l'utilisation des « Krone-blocks » de type LSA 2/10, à savoir (i) que cette solution alternative ne protège pas suffisamment le signal sur le câble, (ii) qu'elle engendre une certaine complexité opérationnelle supplémentaire et (iii) que ces blocs ne peuvent pas être fixés physiquement sur un répartiteur. La décision attaquée se limite à se référer aux réactions de certains OLO, sans le moindre contrôle de leurs prétentions. Le grief de BELGACOM est donc fondé.

La majoration du prix des « blocks » et « tie cables »

136. La cour considère que la motivation confidentielle de la décision attaquée du 29 novembre 2006 justifie d'une façon motivée, qui n'est pas manifestement déraisonnable, l'imposition des pourcentages « uplift » (à savoir les pourcentages qui tiennent compte de certains surcoûts pour

l'administration et le traitement des biens) qu'elle retient, se basant principalement sur les ordres de grandeur, tirées des statistiques fournies par BELGACOM, tant en ce qui concerne les commandes des « blocks » que des « tie cables » et en rejetant, pour des motifs sérieux et raisonnables, dans ces conclusions l'étude du professeur DURLINGER, invoquée par BELGACOM.

La modification des durées d'intervention relatives aux « fixed operational costs » (les coûts opérationnels fixes)

137. La cour considère que la motivation confidentielle de la décision attaquée du 29 novembre 2006 justifie de façon motivée, qui n'est pas manifestement déraisonnable, le manque de synergie, dont elle indique clairement les causes, à savoir (i) les descriptions des processus et des durées du travail qui y sont associés partent toujours du principe que chaque commande d'un OLO doit être considérée comme un processus séparé sans la moindre possibilité de synergie et par conséquent de plus grande efficacité avec d'autres opérations, (ii) les durées du travail indiquées par BELGACOM ne tiennent nullement compte des volumes réels ; même en tenant compte d'un délai d'exécution de 15 jours ouvrables, il est clair que certaines opérations (par exemple la préparation des câbles) ne peuvent plus se faire sur une base individuelle mais seront regroupées, (iii) concernant les durées de travail indiquées, l'exception confirme la règle, en d'autres termes qu'une réserve excessive est constituée pour l'éventualité de situations exceptionnelles ; pour un opérateur efficace, il faut partir du principe que la situation normale est la règle et que le surcoût qui est pris en compte pour les situations exceptionnelles est en effet représentatif de la fréquence d'intervention de ces situations exceptionnelles.

Le cinquième grief de BELGACOM

Les observations de BELGACOM

138. Par son cinquième grief BELGACOM s'oppose à la constatation suivante par l'IBPT dans sa décision attaquée du 29 novembre 2006 : « L'Institut constate à nouveau que les tarifs proposés par Belgacom en matière de tie-cabling qui faisaient partie de son offre de référence BRUO ne sont pas orientés sur les coûts ».

139. Selon BELGACOM, sa nouvelle proposition tarifaire du 20 octobre 2006 ne fait pas – encore – partie de son offre de référence BRUO de sorte qu'aucune infraction ne pourrait donc être constatée. Il y aurait lieu d'annuler la partie de la phrase « qui faisaient partie de son offre BRUO ».

140. Dans l'hypothèse où la décision attaquée s'étend aux tarifs en vigueur, la constatation par l'IBPT dans le dispositif de sa décision attaquée est étrangère à l'objet de la décision. La constatation doit donc être annulée en tant qu'elle concerne les tarifs soumis à l'IBPT le 15 septembre 2005.

Les observations de l'IBPT

141. L'IBPT allègue que le fait de ne pas avoir modifié l'offre de référence en ce qui concerne les *blocks* et *tie cables* le 9 novembre 2005 ne l'empêche pas d'intervenir ultérieurement, que la décision attaquée constitue bien un contrôle et une modification de l'offre de référence BRUO de BELGACOM, et que la décision ne produit aucun effet rétroactif. Selon l'IBPT, il faut comprendre l'extrait de la décision attaquée selon lequel les tarifs proposés par BELGACOM « qui faisaient partie de son offre de référence BRUO ne sont pas orientés sur les coûts » comme se référant aux tarifs proposés par BELGACOM en octobre 2006 lesquels ne font pas partie de l'offre de référence en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006.

La décision de la cour

142. Il a déjà été décidé (voir la décision de la cour quant au troisième grief de BELGACOM) qu'en modifiant l'offre BRUO, la décision attaquée ne viole pas les dispositions légales, sous réserve de l'examen de sa justification, et que l'IBPT a pu modifier, dans le cas d'espèce, l'offre BRUO, qu'il n'avait pas modifiée lorsqu'il a pris sa décision du 9 novembre 2005 relative à l'offre BRUO 2006, lors de l'examen de la proposition tarifaire de BELGACOM du 20 octobre 2006.

143. Le cinquième grief de BELGACOM n'est pas fondé.

Le sixième grief de BELGACOMLes observations de BELGACOM

144. La décision attaquée du 29 novembre 2006 indique qu'elle entre en vigueur le jour où elle est publiée.

145. Selon BELGACOM, les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, s'appliquent à l'IBPT. L'article 40, alinéa 2, de ces lois prévoit que les avis et communications faits directement au public par les services centraux soient rédigés en français et en néerlandais.

146. BELGACOM en déduit que toute publication de la décision de l'IBPT emporte la rédaction d'une version en français et en néerlandais de cette décision, et qu'à défaut, cette publication n'est pas valable.

147. En l'espèce, la décision attaquée du 29 novembre 2006 n'a été publiée sur le site internet de l'IBPT, dans sa version française, que le 2 mars 2007, de sorte que la décision n'est, par conséquent, entrée en vigueur que le 2 mars 2007.

Les observations de l'IBPT

148. Selon l'IBPT, les dispositions de l'article 40, alinéa 2, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative ne concernent en rien l'entrée en vigueur d'une décision administrative individuelle dont le seul destinataire est BELGACOM. Faute de disposition spécifique dans la réglementation en matière de télécommunications, cette décision entre en vigueur et acquiert sa force exécutoire dès que son destinataire en a connaissance, par voie de publication ou de notification.

149. L'IBPT se réfère en outre au fait que le dossier administratif montre que BELGACOM a fait usage du néerlandais dans ses rapports avec l'IBPT, en manière telle que la décision pouvait lui être notifiée en néerlandais et publiée d'abord en néerlandais.

150. Il en découle, toujours selon l'IBPT, que la décision attaquée du 29 novembre 2006, publiée sur le site le 6 décembre 2006, est entrée en vigueur à cette date, même si la version française n'a été publiée qu'ultérieurement (à savoir le 2 mars 2007), puisque l'article 40, alinéa 2, des prédites lois coordonnées, ne concerne pas l'entrée en vigueur d'une décision individuelle et que l'article 41, § 1^{er}, des lois coordonnées prévoit, lui, que l'autorité administrative utilise la langue utilisée par l'administré, en l'espèce le néerlandais.

La décision de la cour

151. L'article 40, alinéa 2, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative (« la loi du 18 juillet 1966 ») dispose :

« Les avis et communications que les services centraux font au public sont rédigés en français et en néerlandais. Il en est de même des formulaires qu'ils mettent eux-mêmes à la disposition du public. (...) ».

152. La décision attaquée du 29 novembre 2006 ne peut être assimilée à un avis ou communication au public, ni à un formulaire mis à la disposition du public, dans le sens de l'article 40, alinéa 2, de la loi du 18 juillet 1966.

153. En effet, il s'agit d'une décision administrative individuelle destinée à un seul opérateur notifié – BELGACOM -, n'étant pas soumise à la loi du 18 juillet 1966.

154. L'IBPT avait dès lors le choix entre le néerlandais et le français pour rédiger sa décision attaquée du 29 novembre 2006.

155. Par ailleurs, la cour constate que la langue utilisée par l'IBPT et BELGACOM dans le cadre de la procédure administrative est à la fois le néerlandais et le français. Le choix du néerlandais pour la rédaction de la décision attaquée du 29 novembre 2006, n'est dès lors pas déraisonnable.

156. Puisque BELGACOM ne conteste pas l'entrée en vigueur de la décision dès sa publication sur le site internet de l'IBPT, et qu'il est décidé que la décision pouvait être rendue en néerlandais, la décision attaquée du 29 novembre 2006 est entrée en vigueur à sa date de publication sur le site internet dans sa version néerlandophone, à savoir le 6 décembre 2006.

157. Le sixième grief de BELGACOM n'est pas fondé.

L'extension du recours de BELGACOM – la décision du 6 juin 2007

La décision attaquée du 6 juin 2007

158. La décision attaquée du 6 juin 2007 porte sur la clause suivante de l'« addendum to BRUO Annex B and Annex H » du 21 décembre 2006 (dossier BELGACOM, pièce 45) : « Par sa décision du 29 novembre 2006 relative aux tarifs des Blocs et Tie Cables, l'IBPT impose à BELGACOM de modifier l'annexe H de son offre BRUO, telle que publiée sur le site officiel de BELGACOM, en vue d'y modifier le tarif. Le présent bon de commande est publié en tant que bon de commande actualisé conformément à la publication le 6 décembre 2006 de cette décision de l'IBPT. BELGACOM introduira un recours devant la cour d'appel de Bruxelles aux fins d'annuler cette décision. Sans préjudice à des négociations entre parties, au cas où le recours susmentionné devant la cour serait fondé, le tarif du présent bon de commande sera retiré de l'offre BRUO et du contrat BRUO et rétroactivement remplacé par le tarif proposé par BELGACOM. Dans cette hypothèse, BELGACOM facturera la différence entre le montant dû et le montant déjà facturé. ».

159. La décision attaquée du 6 juin 2007 « concernant le formulaire de commande de blocks et tie cables » fait tout d'abord référence au contexte factuel : la décision du 29 novembre 2006 par laquelle les nouveaux tarifs pour les blocks et tie cables dans l'offre de référence BRUO ont été fixés, la publication par BELGACOM le 21 décembre 2006 de l'addendum à cet offre de référence BRUO, les messages inquiétants reçus de la part d'opérateurs, la communication de l'IBPT du 17 janvier 2007 (émettant son désaccord quant à la prédite clause et incitant BELGACOM à supprimer la clause), le refus de BELGACOM par lettre du 7 février 2007 et le constat que devant le refus de BELGACOM il se voyait « désormais contraint de rendre son argumentation publique via la présente décision et d'imposer une adaptation ».

160. La décision attaquée du 6 juin 2007 poursuit en précisant la « conséquence d'une décision de la cour d'appel » : il ne résulte pas de la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles qu'une annulation d'une décision de l'IBPT concernant BRUO implique simultanément une approbation de l'offre initiale de BELGACOM. L'IBPT conclut à ce point : « A

moins qu'il soit spécifié explicitement par la Cour que la proposition initiale de BELGACOM remplit intégralement les conditions de l'article 106 [*de la loi du 21 mars 1991 – ajouté par la cour*], les tarifs de BELGACOM doivent, en cas d'annulation totale ou partielle de la décision de l'Institut concernant les tarifs pour les blocks & tie-cables, être orientés sur les coûts, conformément à l'article 106. »

161. La décision attaquée du 6 juin 2007 donne alors un exposé sur ce qu'entend l'IBPT par l'orientation sur les coûts, d'une part, en se référant à l'obligation d'orientation sur les coûts tirée du Règlement n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale (articles 3, 3.2. et 3.3.) ainsi que de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (article 106, § 1^{er}, premier alinéa, 5°) et, d'autre part, en appliquant cette obligation sur les tarifs des tie-cables. L'IBPT ajoute : « L'article 106 de la loi du 21 mars 1991 a pour but de protéger l'acteur du marché le plus faible et est, en ce sens, contraignant – même d'ordre public. Dans le cas contraire, un opérateur PSM pourrait toujours contourner les principes d'orientation sur les coûts en concluant des contrats avec des dispositions contraires. ».

162. La décision attaquée du 6 juin 2007 se prononce enfin quant à l'imposition contractuelle par BELGACOM de tarifs non orientés sur les coûts pour les tie-cables, en substance, par les motifs suivants :

- « De par sa position dominante, BELGACOM se trouve ainsi dans une position où elle impose ainsi des tarifs illégaux aux opérateurs. »
- « En outre, en proposant des tarifs manifestement non orientés sur les coûts, BELGACOM donne l'impression que ces tarifs pourraient tout de même avoir un brin de légitimité, quod non, suscitant ainsi une confusion sur le marché et pouvant compromettre les projets commerciaux des OLO. »
- Les articles 4.1. et 4.3. du Règlement 2887/2000 respectivement imposent à l'IBPT de veiller à ce que la tarification de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable et donnent à l'IBPT la possibilité d'intervenir, lorsque cela se justifie, de sa propre initiative pour assurer la non-discrimination, une concurrence équitable ainsi que l'efficacité économique et le plus grand bénéfice pour les utilisateurs.
- L'IBPT « s'oppose aux contrats que BELGACOM souhaite conclure et pour lesquels elle tente d'imposer aux opérateurs des tarifs qui ne remplissent manifestement pas les exigences en matière d'orientation sur les coûts ».

Les observations de BELGACOM

163. Par sa lettre du 19 avril 2007 à l'IBPT, BELGACOM a réagi aux motifs invoqués par l'IBPT dans sa lettre du 11 avril 2007. Le contenu de cette lettre du 11 avril 2007 a été repris presque textuellement dans la décision attaquée du 6 juin 2007.

164. Dans cette lettre du 19 avril 2007, BELGACOM tenait, en substance, le raisonnement suivant :

- l'annulation par la cour d'appel d'une décision de l'IBPT imposant à BELGACOM de modifier son offre de référence, a un effet rétroactif, ce qui a été reconnu par l'IBPT dans sa communication du 20 décembre 2006,
- la décision annulée est censée n'avoir jamais existé et la situation doit être replacée comme si cette décision n'avait jamais été prise,
- la conséquence de cette annulation est que l'offre de BELGACOM, sans la modification imposée par l'IBPT et annulée par la cour d'appel, doit être considérée comme étant d'application depuis sa date initiale,
- la proposition de BELGACOM d'inscrire, dans l'offre de référence, ces effets d'une possible annulation d'une décision de l'IBPT est non seulement juridiquement correct mais, en outre, respectueuse du principe de transparence puisque les OLO sont parfaitement informés et de cette possibilité et du contenu de l'offre non modifiée par BELGACOM, par la publication de celle-ci,
- à défaut d'une telle solution, les décisions de la cour d'appel demeureraient sans le moindre effet de sorte que l'article 4 de la Directive Cadre, qui impose un recours efficace contre les décisions de l'autorité réglementaire nationale, serait méconnu,
- la solution proposée par BELGACOM permet en outre aux opérateurs de négocier avec BELGACOM la disposition concernée de l'offre initiale, tant pour le passé que pour l'avenir,
- de plus, ces opérateurs ne sont pas démunis de tout recours : il leur est loisible, en effet, de saisir le juge du contrat et, le cas échéant, de faire valoir devant ce juge tout moyen qu'ils jugeraient pertinent, notamment quant au respect par BELGACOM de ses obligations d'opérateur notifié,
- à défaut de disposition en ce sens insérée dans l'offre de référence, BELGACOM serait démunie de tout moyen d'action à l'égard des opérateurs et n'aurait d'autre recours que celui de réclamer à l'IBPT la réparation du préjudice que lui a causé la décision annulée,
- l'indication incluse dans l' « Order Form » est purement informative puisque les prix appliqués sont bien ceux que l'IBPT, par sa décision du 29 novembre 2006, a imposé à BELGACOM de pratiquer,

- BELGACOM conteste qu'elle puisse imposer unilatéralement quelque prix que ce soit aux OLO ou abuser d'une position dominante : on ne peut perdre de vue qu'à supposer que la décision du 29 novembre 2006 soit annulée, les prix proposés par BELGACOM soient en toute hypothèse des prix offerts et non des prix imposés, que les OLO puissent discuter dans le cadre des négociations, ainsi que l'indique expressément l'information concernée,
- BELGACOM indique de manière transparente et afin d'éviter toute insécurité juridique, quels seraient les prix offerts à la négociation des parties, au cas où les prix imposés par l'IBPT seraient annulés par la cour d'appel,
- l'information proposée n'est pas de nature à intimider les OLO, puisque, à deux reprises, par des communications publiques, des 20 décembre 2006 et 16 janvier 2007, l'IBPT a en effet indiqué qu'il considérerait les tarifs de BELGACOM comme n'étant pas orientés sur les coûts.

165. Selon BELGACOM, aucune disposition légale ou réglementaire, européenne ou belge, ne donne à l'IBPT la compétence pour prendre des décisions qui ont pour objet de faire obstacle aux conséquences en droit de l'annulation, par la juridiction compétente, d'une de ces décisions. En revanche, rien n'interdirait à BELGACOM de, contractuellement, prévoir pareille hypothèse soumise à la réalisation de la condition de l'annulation.

166. La clause contestée par l'IBPT ne saurait, d'après BELGACOM, imposer unilatéralement ses prix, dès lors que, d'une part, les OLO peuvent négocier ceux-ci et que, d'autre part, en cas de nécessité, les OLO disposent, précisément à cet effet, d'un recours auprès du Conseil de la concurrence ou du tribunal de commerce.

167. En outre, toujours selon BELGACOM, l'IBPT a pris la décision attaquée du 6 juin 2007 abruptement, sans avoir entendu BELGACOM au préalable, en violation de l'article 19 de la loi – statut du 17 janvier 2003.

Les observations de l'IBPT

168. L'IBPT ne conteste pas que les arrêts d'annulation de la cour d'appel de Bruxelles aient un effet rétroactif, mais ajoute que l'annulation d'une décision ne vaut pas approbation du projet d'offre de référence de BELGACOM. Il en découlerait que les tarifs proposés par BELGACOM et refusés par l'IBPT ne seraient pas des tarifs approuvés par la cour comme étant orientés sur les coûts. Même en cas d'arrêt d'annulation de la décision contestée, pour autant que la cour ne réforme pas l'appréciation de l'IBPT selon laquelle les tarifs de BELGACOM sont non orientés sur les coûts, BELGACOM n'aurait pas le droit, au regard de ses obligations légales, de pratiquer les tarifs qu'elle a proposés et qui ont été refusés par l'IBPT. La clause souhaitée par

BELGACOM ne serait pas compatible avec les obligations réglementaires de BELGACOM, en particulier, son obligation d'orientation en fonction des coûts. En outre, cette clause serait de nature à semer la confusion sur le marché.

169. L'IBPT réfute le moyen de BELGACOM, lequel consiste à dire que la décision attaquée du 6 juin 2007 a été prise sans son audition préalable, puisque l'échange de correspondance entre les parties montre que BELGACOM a eu tout le loisir de faire valoir son point de vue et que l'IBPT a pu prendre une décision en parfaite connaissance de cause.

La décision de la cour

Sur le grief de ne pas avoir été entendu au préalable

170. La décision attaquée du 6 juin 2007 n'est que la confirmation – presque textuelle – de la lettre que l'IBPT avait envoyée à BELGACOM le 11 avril 2007 (dossier BELGACOM, pièce 50).

171. BELGACOM a répondu à cette lettre du 11 avril 2007 de l'IBPT par une lettre circonstanciée à l'IBPT du 19 avril 2007.

172. Il découle des deux précédents alinéas que le grief de BELGACOM de ne pas avoir été entendu préalablement à la décision, n'est pas fondé puisqu'il est contredit par les faits.

173. En outre, en attribuant expressément à la cour d'appel de Bruxelles une compétence de pleine juridiction, le législateur a entendu ne pas limiter ses pouvoirs à celui d'annuler les décisions de l'IBPT entachées d'illégalité et lui reconnaître le pouvoir de réformer en tout point, en fait comme en droit, la décision entreprise. La constatation d'une éventuelle violation du caractère contradictoire de la procédure administrative, des droits de la défense ou du principe général de droit administratif « audi alteram partem » n'est cependant pas de nature à entraîner, par elle-même, le bien fondé du recours en annulation dans la mesure où BELGACOM a la possibilité de développer devant la cour, qui peut statuer en fait, tous ses arguments dans le cadre de son recours, ce qu'elle n'a pas manqué pas de faire.

174. Le grief de ne pas avoir été entendu au préalable est non fondé.

Sur l'effet d'une annulation par la cour d'appel

175. L'annulation de la décision attaquée du 29 novembre 2006 a un effet rétroactif, ce qui n'est pas contesté par les parties au litige. Il s'ensuit que la décision annulée est censée n'avoir jamais existé. La décision annulée n'ayant jamais fait partie de l'ordre juridique, elle est considérée comme non avenue et non existante.

176. Il appartient à l'IBPT, en sa qualité d'auteur de la décision annulée, de prendre, le cas échéant, une nouvelle décision, dans un sens ou dans un autre, en rencontrant les raisons pour lesquelles la cour a annulé la décision.

177. Par ailleurs, l'annulation de la décision attaquée du 29 novembre 2006, et notamment de la tarification imposée par l'IBPT dans la mesure indiquée, ne vaut pas approbation de la tarification proposée par BELGACOM.

178. En effet, l'annulation de ladite décision n'implique nullement que le tarif offert par BELGACOM serait orienté vers les coûts, de sorte que la clause litigieuse, que BELGACOM voudrait ajouter à son offre de référence et qui est basée sur la thèse que l'annulation vaut son approbation, n'est pas de ce fait compatible avec l'obligation légale de BELGACOM d'orienter ses tarifs sur les coûts. En outre elle est contraire à l'article 59 § 5 de la loi sur les communications électroniques qui prévoit que toute offre de référence est, préalablement à sa publication, approuvée par l'IBPT. Il en découle que le recours contre la décision de l'IBPT, qui refuse à BELGACOM d'insérer la prédite clause, n'est pas fondé.

Les dépens

Les observations de BELGACOM et de l'IBPT

179. BELGACOM a liquidé les dépens comme suit :

Mise au rôle :	186 €
Indemnité de procédure :	294,42 €

180. L'IBPT a liquidé les dépens comme suit :

Indemnité de procédure :	294,94 €
--------------------------	----------

La décision de la cour

181. Selon l'article 1022, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire « l'indemnité de procédure est une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause ».

182. Son montant est fixé par l'arrêté royal du 26 octobre 2007 « fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat ».

183. Conformément à l'article 3 de cet arrêté royal « pour les actions portant sur des affaires non évaluables en argent, le montant de base de l'indemnité

de procédure est de 1.200 euros, le montant minimum de 75 euros et le montant maximum de 10.000 euros ».

184. A défaut de motivation pour accorder le montant minimum ou maximum, l'indemnité de procédure est fixée à 1.200 €.

185. BELGACOM ayant obtenu gain de cause, parce que la décision de l'IBPT est annulée, les dépens sont mis à charge de l'IBPT.

**POUR CES MOTIFS,
LA COUR,**

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

Statuant contradictoirement,

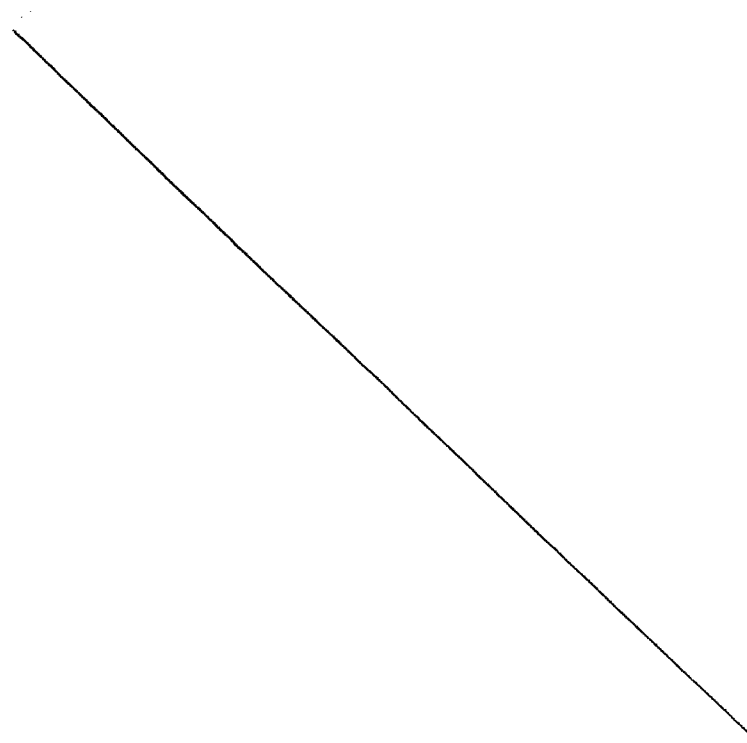
Déclare la demande en annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 29 novembre 2006 recevable et fondée.

Annule ladite décision.

Déclare l'extension de la demande en annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 6 juin 2007 recevable.

La déclare non fondée.

Condamne l'IBPT aux dépens, liquidés à 186 € (mise au rôle) et 1.200 € (indemnité de procédure) dans le chef de BELGACOM et à 0 € dans le chef de l'IBPT.



Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la **chambre 18** de la Cour d'appel de Bruxelles le **19. 05. 09**

Où étaient présents :

Paul BLONDEEL,
Koenraad MOENS,
Eric BODSON,
Darie VAN IMPE,

président de chambre
conseiller
conseiller
greffier.

D. VAN IMPE

K. MOENS

E. BODSON

P. BLONDEEL