

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant

R.G. : 2003/AR/2249

R. n°: 2004/4308

N°: 1033

EN CAUSE DE :

BELGACOM MOBILE, société anonyme dont le siège social est établi à 1210 Bruxelles, rue du Progrès, 55, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0453.918.428,

Appelante, représentée par Maître Dirk Van Liedekerke, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 326/26,

CONTRE :

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

Intimé, représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24,

EN PRESENCE DE :

BASE, société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 115, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0462.925.669,

Intervenante volontaire, représentée par Maîtres Alexandre Verheyden et Sébastien J. Evrard, avocats à 1050 Bruxelles, avenue Louise. 480/7.

18 -06- 2004

I. Antécédents de la procédure

1. Par requête déposée le 17 septembre 2003 au greffe de la cour, la sa Belgacom Mobile a formé un recours contre la décision du Conseil de l'IBPT du 29 août 2003 relative « *aux heures peak de l'opérateur Base pour son service de terminaison* », dont elle postule la mise à néant.

Le 18 septembre 2003, cette requête a été notifiée, à la demande de Belgacom Mobile, à l'IBPT.

Le 19 septembre 2003, l'IBPT a été invité à transmettre le dossier de la procédure.

L'IBPT a transmis son dossier en date du 22 septembre 2003, lequel a été complété au cours de la procédure.

La sa BASE a déposé une requête en intervention le 15 octobre 2003 aux fins d'entendre dire le recours irrecevable, et à tout le moins, non fondé.

2. Un calendrier de la procédure a été fixé à l'audience d'introduction qui s'est tenue le 16 octobre 2003.

Des conclusions ont été déposées pour

Belgacom Mobile, les 15 janvier 2004 et 10 mars 2004,
L'IBPT, les 17 novembre 2003, 5 février 2004 et 10 mars 2004,
Base, les 5 décembre 2003 et 20 février 2004.

Les parties ont été entendues à l'audience du 11 mars 2004 et à l'audience du 25 mars 2004.

18 -06- 2004

II. Les faits

1. les opérateurs directement concernés par la décision attaquée de l'IBPT

3. La décision attaquée a été notifiée par l'IBPT à Belgacom, Belgacom Mobile et Mobistar en date du 29 août 2003.

Les sociétés Belgacom, Belgacom Mobile et Mobistar sont directement concernées par la décision attaquée, en leur qualité

d'opérateurs notifiés en qualité d'organismes puissants au sens de l'article 4, paragraphe 3, de la directive 97/33/CE ¹, ci après « directive ONP » et de l'article 105undecies de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Est réputé puissant sur le marché au sens de ces dispositions, l'organisme qui détient une part supérieure à 25% d'un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un Etat membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités.

Belgacom a été désignée par l'IBPT comme opérateur puissant, notamment sur le marché des services de téléphonie vocale.

Belgacom Mobile, filiale de Belgacom qui exploite le réseau de téléphonie mobile *Proximus*, et Mobistar, qui exploite le réseau de téléphonie mobile du même nom, ont toutes deux été désignées comme opérateur puissant sur le marché des réseaux publics de téléphonie mobile et sur le marché national de l'interconnexion.

4. La société Base, qui est le troisième opérateur de téléphonie mobile sur le marché national, est entrée sur le marché en 1999.

Cet opérateur n'a pas été notifié comme puissant sur le marché de l'interconnexion, en fonction des critères retenus par la directive précitée.

La décision attaquée lui a été également notifiée par l'IBPT en date du 29 août 2003.

2. les services et les tarifs d'interconnexion

5. L'interconnexion est la liaison des réseaux de télécommunications utilisés par le même organisme ou un organisme différent qui permet aux utilisateurs d'un organisme de communiquer avec les utilisateurs du même ou d'un autre organisme ou d'accéder aux services fournis par un autre organisme².

Les services d'interconnexion font l'objet de conventions entre opérateurs, qui sont en principe négociées librement.

L'interconnexion est indirecte lorsqu'un opérateur fait appel aux services de transit d'un autre opérateur qui dispose lui d'une

¹ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JO n° L 169 du 26.07.1997 p.0032-0052.

² Directive 97/33/CE (ONP), article 1a

interconnexion directe avec l'opérateur de l'origine de l'appel et avec l'opérateur de la destination de l'appel.

6. Les services de transit ou de terminaison des appels donnent lieu à une « charge d'interconnexion » (*MTR*³), payable par l'opérateur exploitant le réseau d'origine de l'appel à l'opérateur interconnecté. Cette charge d'interconnexion comprend une charge d'établissement de l'appel et une charge proportionnelle à la durée des appels. Cette dernière varie selon la plage horaire pendant laquelle le service est fourni.

L'opérateur du réseau d'origine de l'appel facture l'appel au client raccordé à son réseau, qui a émis l'appel.

Il résulte des pièces du dossier que les opérateurs proposent à leurs clients des plans tarifaires suivant lesquels les tarifs des communications nationales diffèrent selon le réseau destinataire de l'appel et sont donc influencés par les tarifs d'interconnexion appliqués entre opérateurs.

Les tarifs au détail (*retail tariff*) varient également en fonction de la période durant laquelle la communication a lieu. Ils sont plus élevés en heures pleines qu'en heures creuses ou durant le week-end.

7. Au jour de la décision attaquée, les grilles horaires *heures creuses/heures de pointe* étaient les mêmes pour tous les opérateurs, tant pour les tarifs au détail (*retail*) que pour les tarifs d'interconnexion (*wholesale*). Pour tous les opérateurs actifs sur le marché national, les heures pleines se situaient de 8 à 19 heures, du lundi au vendredi, sauf jours fériés.

3. la convention d'interconnexion entre Belgacom Mobile et Base

8. Une convention d'interconnexion a été conclue le 16 novembre 2000 entre Belgacom Mobile et Base qui fixe, notamment, les tarifs applicables aux services de terminaison d'appel rendus réciproquement par les deux opérateurs de télécommunications mobiles.

A la signature de cette convention, les tarifs d'interconnexion pratiqués par Base et Belgacom Mobile pour la terminaison des appels sur leur réseau respectif étaient identiques.

³ *Mobile Termination Rate.*

Cette convention précise que le tarif fixé pour les appels en heures pleines s'appliquait de 8 à 19 heures, du lundi au vendredi, jours fériés exclus.

9. Les tarifs d'interconnexion pratiqués par Belgacom Mobile ont fait l'objet de réductions successives.

Ces réductions des charges d'interconnexion demandées par Belgacom Mobile aux autres opérateurs sont le résultat de la désignation, le 20 octobre 2000, de cet opérateur comme opérateur puissant sur le marché national de l'interconnexion et de l'obligation qui en résulte de respecter le principe de l'orientation des redevances d'interconnexion en fonction des coûts.

4. l'annonce par Base d'une modification de ses conditions d'interconnexion et la réaction des autres opérateurs

10. Par télécopie du 30 juin 2003, Base informait les autres opérateurs qu'elle supprimait le tarif week-end et modifiait comme suit, à partir du 1^{er} août 2003, ses plages horaires déterminant les tarifs applicables à la terminaison sur son réseau des appels d'origine nationale :

- heures pleines : de 10h à 22h du lundi au vendredi
- heures creuses : toutes les autres heures et les jours fériés légaux entre le lundi et le vendredi.

Elle a confirmé sa décision par ses courriers à Belgacom Mobile des 10 et 24 juillet 2003, tout en indiquant dans ce dernier courrier que la date d'entrée en vigueur des nouveaux tarifs serait reportée, pour des raisons pratiques, au 1^{er} septembre 2003.

18 -05- 2004

Comme l'indique Belgacom Mobile, il résulte clairement du contenu des lettres de Base que celle-ci se bornait à informer Belgacom Mobile qu'elle modifiait ainsi ses tarifs et qu'il s'agissait d'une décision et non d'une invitation à négocier ni d'une demande d'interconnexion :

- 'we hereby formally inform you on the modification of our national Interconnect tariff applicable as from 01/08/2003 onwards' (lettre du 30 juin 2003) ;

- 'we therefore re-confirm that as from 1 august 2003, the following MTR shall apply for traffic terminated on the BASE network (...)' (lettre du 10 juillet 2003).

- 'we refer to our letter of June 30.2003, informing you of the amendment of our interconnect rates as of August 1er, 2003(...)' (lettre du 24 juillet 2003)

(traduction libre :

- nous vous informons officiellement de la modification de nos tarifs d'interconnexion pour les appels d'origine nationale à partir du 1er août 2003 (lettre du 30 juin 2003) ;
- nous vous confirmons une nouvelle fois qu'à partir du 1er août 2003, les MTR suivants seront appliqués pour les appels terminés sur le réseau Base... (lettre du 10 juillet 2003) ;
- nous nous référons à notre lettre du 30 juin 2003 vous informant de la modification de nos tarifs d'interconnexion à partir du 1er août 2003 (lettre du 24 juillet 2003) ;

11. Un échange de courriers entre Base et Belgacom Mobile a suivi cette annonce duquel il ressort que Belgacom Mobile s'est opposée à une modification unilatérale des tarifs et a invité Base à lui adresser une demande officielle de négociation en application de l'article 7.1 de la convention d'interconnexion entre les parties qui prévoit des conditions particulières relatives à la renégociation des conditions financières de l'interconnexion, et des dispositions de l'arrêté royal du 20 avril 1999⁴.

Dans sa lettre du 29 juillet 2003, Belgacom Mobile considérait que Base ne formulait pas « une offre raisonnable ».

Le 6 août 2003, Base adressait à Belgacom Mobile un nouveau courrier dans lequel elle indiquait que ses courriers des 30 juin et 10 juillet 2003 faisant état d'une modification de ses tarifs devaient être considérés comme une « demande d'interconnexion », ce que Belgacom Mobile a contesté.

Base reprochait en outre à Belgacom Mobile son refus de coopérer avec elle pour la modification de ses tarifs, tout en indiquant que les tarifs restaient en réalité inchangés, que seule la grille horaire était modifiée eu égard au profil de son trafic et le tarif week-end supprimé. Base confirmait par ailleurs sa décision d'appliquer les tarifs annoncés à partir du 1^{er} septembre 2003.

12. Par courrier du 7 août 2003, Mobistar faisait savoir à Base qu'elle n'acceptait pas la modification unilatérale des tarifs annoncée par Base.

Elle indiquait en outre que le délai d'implémentation donné était trop court.

⁴ Arrêté royal du 20 avril 1999 fixant les délais et principes généraux applicables aux négociations commerciales menées en vue de conclure des accords d'interconnexion et les modalités de publication de l'offre de référence, et fixant les conditions à régler dans la convention d'interconnexion, M.B., 21 juillet 1999, tel que modifié par l'arrêté royal du 19 mars 2003, M.B., 7 avril 2003.

5. demandes d'intervention de l'IBPT émanant de Belgacom et de Belgacom Mobile

13. Fin juillet 2003, Belgacom et Belgacom Mobile adressaient chacune une lettre à l'IBPT en faisant part de leurs objections à l'encontre de la décision de Base. Elles demandaient à l'IBPT de procéder à la consultation du marché et d'établir des règles de conduite en la matière (lettre de Belgacom du 28 juillet 2003 et lettre de Belgacom Mobile du 30 juillet 2003).

Ces deux opérateurs exposaient notamment que la décision unilatérale de Base de faire passer ses heures à plein tarif de 10 heures à 22 heures avait des conséquences sur les plans tarifaires de tous les opérateurs et sur les conventions entre les opérateurs, qu'elle nécessitait une adaptation des systèmes informatiques de facturation et qu'elle portait atteinte aux intérêts des consommateurs.

Belgacom demandait en outre à l'IBPT de lui donner l'autorisation « *de suspendre l'implémentation de la décision de Base* » jusqu'à ce que l'IBPT ait pu faire une proposition équilibrée pour l'ensemble des acteurs.

6. l'intervention de l'IBPT et la demande de Base d'intervention de l'IBPT

14. En date du 13 août 2003, l'IBPT a invité Base à participer à une réunion le 18 août 2003 en indiquant les différents points qui seraient abordés, relatifs à la modification annoncée des heures *peak/off peak*, et ce « *afin de permettre à l'Institut de prendre position en toute connaissance de cause* ».

A la même date, l'IBPT informait Belgacom et Belgacom Mobile de la tenue de cette réunion et précisait qu'il tiendrait ces opérateurs informés de la position qu'il adopterait dans ce dossier.

Faisant état de cette réunion, Belgacom Mobile a communiqué à l'IBPT ses commentaires sur la modification annoncée (lettre du 18 août 2003).

Une réunion s'est tenue le 14 août 2003 entre l'IBPT et Belgacom Mobile au cours de laquelle, suivant le rapport de cette réunion, la question d'une modification des heures *peak* a été abordée.

18 -06- 2004

15. En date du 21 août 2003, Base a sollicité par l'intermédiaire de ses conseils l'intervention formelle de l'IBPT sur pied de l'article 14, §1, 3° de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des postes et des télécommunications belges et de l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques « *afin que l'IBPT constate le caractère raisonnable de la demande d'interconnexion de Base* ».

A l'appui de cette demande d'intervention, Base faisait valoir les raisons motivant « *l'application de nouveaux tarifs* » ainsi que le refus injustifié de Belgacom et Belgacom Mobile d'accepter ladite modification tarifaire.

16. Par lettre recommandée du 27 août 2003 et sur pied de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, l'IBPT a invité Mobistar à présenter oralement ses éventuelles observations au sujet de la demande de Base d'entendre constater « *le caractère raisonnable de sa demande d'interconnexion* » et de soumettre à cette occasion à l'Institut toutes les pièces utiles.

III. L'acte attaqué de l'IBPT du 29 août 2003

17. Le Conseil de l'IBPT a adopté le 29 août 2003 un acte intitulé « *décision (...) relative aux heures peak de l'opérateur Base pour son service de terminaison* », dont la conclusion est libellée comme suit :

'Après avoir dûment pris en considération d'une part les positions des quatre opérateurs concernés telles qu'exprimées dans leur correspondance et/ou lors des réunions du 18 août 2003 (Base) et du 28 août 2003 (Mobistar) et d'autre part les objectifs généraux du cadre réglementaire en matière de promotion de la concurrence, d'efficacité économique et de défense des intérêts des consommateurs, l'Institut arrête les décisions suivantes :

(1) *La demande de Base du 30 juin 2003 est raisonnable. Par conséquent, Belgacom, Belgacom Mobile et Mobistar, opérateurs puissants, doivent répondre favorablement à cette demande.*

(2) *Les opérateurs concernés doivent bénéficier d'un délai raisonnable pour mettre en œuvre la présente décision sur le plan opérationnel (notamment : transit, portabilité des numéros, acheminement du trafic international, systèmes de facturation), pour effectuer les modifications obligatoires ou nécessaires au niveau de leurs tarifs de détail, ainsi que pour*

18 -06- 2004

informer leurs clients. L'Institut tient également compte du fait que la demande de Base a été introduite le 30 juin dernier et que les opérateurs ont donc déjà disposé de près de 2 mois pour traiter les problèmes d'implémentation. Pour ces raisons, l'IBPT fixe l'entrée en application de la nouvelle période peak de Base au 1^{er} octobre 2003.

(3) Une réévaluation de la présente décision devra avoir lieu lorsque le nouveau cadre relatif aux communications électroniques sera transposé en droit belge. En effet, du fait de l'application de ce nouveau cadre, chaque opérateur sera vraisemblablement considéré comme puissant pour la terminaison d'appels sur son réseau et, par conséquent, pourra se voir imposer certaines obligations.

(4) La directive 2002/22/CE (directive 'service universel')⁵ prévoit que soient mises à la disposition des utilisateurs des informations transparentes et actualisées relatives aux prix et aux tarifs pratiqués, de même que les informations leur permettant d'effectuer une évaluation indépendante des plans tarifaires alternatifs. Dans cette perspective, l'Institut mènera une réflexion sur les moyens de concilier la liberté d'initiative des opérateurs et la garantie d'un minimum de transparence au bénéfice des consommateurs, et sur la nécessité d'une certaine cohérence entre les heures peak/off peak pratiquées au niveau wholesale et retail.

18 -06- 2004

18. S'agissant des aspects procéduraux, le Conseil de l'IBPT constate dans sa décision qu'il a été saisi régulièrement par Base d'une demande d'intervention, vu le refus de Belgacom et de Belgacom Mobile de répondre favorablement à la demande de Base et qu'il n'y a pas lieu pour lui de fixer, en application de l'article 7 de l'arrêté royal du 20 avril 1999⁶, un délai pour l'achèvement des négociations.

19. Quant au fond, la décision attaquée constate le caractère raisonnable de la modification des plages horaires de Base en considération du fait que la période pendant laquelle le réseau de Base est le plus intensément utilisé se situe entre 19 heures et 22 heures, aussi bien pour les appels entre clients de Base (trafic dit 'on net'), que pour les appels vers Base en provenance d'autres réseaux nationaux (trafic dit 'inbound'), et qu'il paraît dès lors justifié d'assimiler ce créneau horaire à la période peak du réseau de Base.

⁵ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »).

⁶ voir note 4.

Elle ajoute que « *Base tire équitablement les conséquences de sa distribution du trafic en retardant le début des heures creuses à 10 heures au lieu de 8 heures précédemment* ».

Elle relève que les effets négatifs de la modification sont négligeables tant en ce qui concerne les difficultés d'implémentation des nouvelles plages horaires pour les opérateurs concernés qu'en ce qui concerne la transparence tarifaire qui serait déjà fortement compromise.

IV. Objet du recours de Belgacom Mobile

20. Belgacom Mobile demande à la cour de mettre à néant la décision du 29 août 2003 de l'IBPT et de dire pour droit et d'ordonner qu'une suite favorable ne peut être donnée à la demande de Base d'imposer une modification de la convention d'interconnexion qu'elle a conclue avec Belgacom Mobile; à savoir la demande de Base introduite auprès de l'IBPT le 21 août 2003.

Il s'agit donc d'un recours qui tend à la fois à l'annulation et à la réformation de l'acte litigieux. Ce recours est en outre assorti d'une demande visant à ce que la cour adresse à l'IBPT une injonction de ne pas intervenir dans le sens souhaité par Base.

V. Le cadre réglementaire

1. le cadre réglementaire national

21. L'article 14, § 1 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges énonce les compétences de l'IBPT, notamment :

la prise de décisions administratives,
le contrôle du respect du titre Ier, chapitre X et des titres III et IV de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes et de leurs arrêtés d'exécution, en cas de litige entre des fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements de télécommunications, la formulation de propositions tendant à concilier les parties dans un délai d'un mois.

22. L'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des services des postes et des télécommunications belges est libellé comme suit :

§ 1. Lorsque le Conseil (de l'IBPT) constate une infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou à une décision prise en application de celles-ci, il adresse au contrevenant une mise en demeure motivée en l'invitant à remédier aux infractions dans le délai qu'il fixe.

Si, au terme du délai qui lui a été fixé, le contrevenant n'a pas remédié aux infractions, le Conseil peut, après l'avoir entendu, lui infliger une amende administrative (...)

§ 2. La décision visée à l'alinéa 1^{er} est assortie d'un nouveau délai fixé au contrevenant pour qu'il remédie aux infractions.

§ 3. Lorsque les infractions sont graves ou répétées et que les mesures prises en vertu des §§ 1^{er} et 2 n'ont pu y remédier, le Conseil peut, après avoir entendu le contrevenant, ordonner la suspension de tout ou partie de l'exploitation du réseau ou de la fourniture du service de télécommunications (...) concernés, ou de la commercialisation ou de l'utilisation de tout service ou produit concerné.

Aux termes de l'article 19 de la même loi, le Conseil de l'IBPT « offre à toute personne directement et personnellement concernée par une décision la possibilité d'être entendue au préalable ».

23. L'article 109 ter de la loi du 21 mars 1991, précitée, qui fait partie du titre III de cette loi, contient les dispositions suivantes :

§ 1 : Le Roi fixe, sur avis de l'Institut, les délais et les principes généraux applicables aux négociations commerciales menées pour conclure des accords d'interconnexion.

§ 3, alinéa 1 : Tout organisme puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes ou des réseaux publics de téléphonie mobile ou des services de lignes louées ou des services de téléphonie vocale est tenu de répondre de manière non discriminatoire à toutes les demandes raisonnables d'interconnexion et de connexion, notamment l'accès à des points autres que les points de raccordement offerts à la majorité des utilisateurs finals.

§ 5. L'interconnexion fait l'objet d'une convention entre les parties concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'interconnexion. Le Roi arrête, sur avis de l'Institut, les conditions qui doivent au minimum être réglées dans une convention d'interconnexion. A tout moment et de sa propre initiative, l'Institut peut intervenir pour imposer à une ou plusieurs parties à une

18 -06- 2004

négociation d'un accord d'interconnexion le respect des conditions minimales fixées par le Roi ou pour fixer les questions complémentaires devant être réglées ainsi que les conditions spécifiques à respecter dans un tel accord. La convention d'interconnexion est communiquée à l'Institut dans son intégralité.

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

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

Ces dispositions sont la transposition des dispositions de la directive 97/33/CE (« directive ONP »).

24. L'arrêté royal du 20 avril 1999⁷ tel que modifié par l'arrêté-royal du 19 mars 2003⁸, fixe les modalités, délais et procédures qui doivent être respectées par les parties qui mènent des négociations soit en vue de la conclusion d'un accord d'interconnexion, soit en vue d'apporter des modifications à un accord d'interconnexion qu'elles ont conclu et dont l'objet reste identique.

L'institut peut à tout moment fixer un délai pour l'achèvement des négociations.

Aux termes de l'article 8 de cet arrêté royal, si à l'expiration du délai fixé, les parties ne sont pas parvenues à un accord, elles peuvent ensemble ou séparément, demander l'intervention de la Chambre pour l'Interconnexion près de l'IBPT, qui était visée à l'article 79 ter, § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 et qui aux termes du § 2 de la même disposition, était compétente pour statuer sur les litiges entre opérateurs de télécommunications ou fournisseurs de services de télécommunication relatifs à l'interconnexion, les lignes louées, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées.

L'article 79 ter de la loi du 21 mars 1991 a cependant été abrogé par l'article 41, alinéa 1, 11° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et télécommunications belges, entré en vigueur le 23 avril 2003, date de la publication de l'arrêté royal visé à l'article 17, § 2 de cette loi.

⁷ voir note 4

⁸ Moniteur belge du 7 avril 2003

25. La loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des postes et télécommunications belges, entrée en vigueur le 23 avril 2003, confie au Conseil de la concurrence la compétence de statuer sur ces litiges. Elle précise que la procédure devant le Conseil de la concurrence est suspendue en cas de recours à la procédure de conciliation prévue à l'article 14, §1, 4^o de cette dernière loi qui donne à l'IBPT, en cas de litige, la mission de formuler des propositions tendant à concilier les parties dans un délai d'un mois et au Roi la compétence de fixer les modalités de cette procédure de conciliation.

Il ressort des travaux préparatoires de cette loi que le législateur belge a entendu se conformer aux dispositions de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») en ce qui concerne la résolution des litiges entre des entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communication électroniques dans un seul Etat membre.

L'article 20 de cette directive prévoit qu'en cas de litige, l'autorité réglementaire nationale concernée prend une décision contraignante afin de résoudre le litige dans les meilleurs délais et que les Etats membres peuvent prévoir la possibilité pour les autorités réglementaires nationales de refuser de résoudre un litige par une décision contraignante lorsque d'autres mécanismes, notamment la médiation, existent et conviendraient mieux à la résolution du litige en temps utiles.

26. La même loi organise comme suit les recours contre les décisions de l'IBPT :

18 -06- 2004

Article 2

§1. Les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé.

Le Ministre peut introduire le recours visé à l'aliéna 1^{er}

§2. Le recours visé au §1^{er} n'est pas suspensif, hormis lorsqu'il est introduit contre une décision prise en vertu de l'article 21, §§ 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications ou lorsque la cour prononce la suspension de la décision attaquée.

Article 3

Pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles, le Code judiciaire est d'application.

Au cours des travaux préparatoires, il a été précisé que « *le recours étant de pleine juridiction, (la cour d'appel de Bruxelles) peut donc statuer au fond et réformer la décision de l'Institut* »⁹;

2. Le cadre réglementaire européen.

27. A la date de la décision attaquée, un nouveau cadre réglementaire européen pour les réseaux et services de télécommunication électroniques était entré en vigueur.

Ce nouveau cadre se compose de la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002¹⁰ (directive « cadre ») et de quatre directives particulières¹¹.

Le délai de transposition des nouvelles directives « cadre », « autorisation », « accès » et « service universel » expirait le 24 juillet 2003 et n'a pas été respecté par le législateur belge.

Il ressort des troisième et quatrième conclusions de la décision attaquée que le Conseil de l'IBPT n'a pas tenu compte du nouveau cadre commun, sauf pour annoncer un réexamen de la décision lorsque le nouveau cadre réglementaire aura été transposé en droit belge.

18 -06- 2004

28. La définition de la puissance sur le marché inscrite dans la directive 97/33/CE (« ONP ») a été abandonnée. Celle utilisée dans la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») est équivalente à la notion de position dominante telle que la définit la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes.

⁹ Chambre, Doc 50 1937/001, Exposé des motifs, page 24

¹⁰ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), J.O. L.108 du 24.4.2002, p.33.

¹¹ - directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), J.O. L.108 du 24.4.2002, p 21.

directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), idem, p. 7.

directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), idem, p. 51.

la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (J.O. L.24 du 30.1.1998, p.1).

Lorsqu'un marché n'est pas effectivement concurrentiel, l'autorité nationale réglementaire doit identifier les entreprises puissantes.

Les articles 9 à 13 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») énumèrent les obligations qui peuvent être imposées aux entreprises puissantes sur le marché en ce qui concerne la transparence, la non-discrimination, la séparation comptable, l'accès et le contrôle des prix. Il s'agit d'un ensemble maximal d'obligations pouvant être imposées aux entreprises.¹²

Ces obligations ne peuvent être imposées qu'après la consultation prévue aux articles 6 et 7 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »).

L'article 8, paragraphe 3, dernier alinéa de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») dispose :

« Dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'une autorité réglementaire nationale entend imposer aux opérateurs qui disposent d'une puissance significative sur le marché des obligations en matière d'accès ou d'interconnexion autres que celles qui sont énoncées aux articles 9 à 13, elle soumet cette demande à la Commission. La Commission, agissant conformément à l'article 14, paragraphe 2, prend une décision donnant l'autorisation ou interdisant à l'autorité réglementaire nationale de prendre ces mesures ».

29. L'article 7 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») dispose en son paragraphe 1 :

« Les Etats membres maintiennent toutes les obligations relatives à l'accès et à l'interconnexion imposées aux entreprises fournissant des réseaux et/ou des services de communication publics qui étaient applicables avant l'entrée en vigueur de la présente directive en vertu des articles 4, 6, 7, 8, 11, 12 et 14 de la directive 97/33/CE, de l'article 16 de la directive 98/10/CE et des articles 7 et 8 de la directive 92/44/CEE jusqu'à ce que ces obligations aient été réexaminées et qu'une décision les concernant ait été prise conformément au paragraphe 3. ».

Son paragraphe 3 dispose :

« Les Etats membres veillent à ce que, dès que possible après l'entrée en vigueur de la présente directive et à intervalles réguliers par la suite, les autorités réglementaires nationales procèdent à une analyse du marché, conformément à la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), pour déterminer s'il y a lieu de maintenir, de modifier ou de supprimer ces obligations. Les parties concernées par cette

¹² considérant 14 de la directive

modification ou cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié. »

L'article 4 de la directive 97/33/CE (directive ONP), visé à l'article 7 paragraphe 1 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») impose aux organismes réputés puissants l'obligation de répondre à toutes les demandes raisonnables de connexion au réseau. Cette disposition est transposée dans la législation belge par l'article 109 ter, § 2, de la loi du 21 mars 1991, auquel se réfère la décision attaquée pour justifier l'intervention de l'IBPT.

VI. DISCUSSION

A. A titre liminaire, sur l'objet et la nature de l'acte attaqué

30. Avant d'examiner les différents moyens présentés par les parties, il importe de déterminer l'objet de la décision déférée au contrôle de la cour et la nature de l'intervention de l'IBPT dans la présente affaire.

31. Selon l'IBPT, le Conseil de l'IBPT se serait borné à constater le caractère raisonnable de la demande adressée par Base aux opérateurs puissants, sans s'immiscer dans la relation contractuelle entre Base et Belgacom Mobile (conclusions, page 28).

L'IBPT soutient que la décision attaquée n'aurait pas pour objet la constatation d'une infraction de Belgacom Mobile et des autres opérateurs puissants concernés aux normes applicables (conclusions additionnelles, page 17) et qu'elle ne retient aucun grief à l'encontre de celle-ci (conclusions additionnelles, page 6).

Aux dires de l'IBPT, la décision attaquée n'entraîne pas par elle-même une modification des contrats d'interconnexion entre Base et les autres opérateurs concernés et elle n'aurait pas non plus pour effet d'imposer aux parties concernées une modification de leur convention d'interconnexion. La décision attaquée constituerait en revanche « *un cadre qui définit les obligations et droits légaux de chacun et qui laisse aux parties concernées une marge pour négocier la modification de leur convention d'interconnexion et l'implémentation concrète, endéans un délai précis mais équitable, au regard à la réalité du marché* » (conclusions additionnelles, page 16).

L'Institut expose par ailleurs que la décision est fondée sur l'article 109 ter § 3, alinéa 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 dont l'objectif serait « *de protéger les autres opérateurs (non puissants sur un marché déterminé) contre tout abus éventuel par l'opérateur dominant (...)* » (conclusions, page 27).

Quant aux effets de la décision, l'IBPT fait valoir que « *si Belgacom Mobile ne prend pas les mesures nécessaires pour adapter la convention d'interconnexion en fonction de la décision contestée, c'est à la sa Base qu'il appartiendra de prendre les initiatives nécessaires pour faire valoir et respecter ses droits* » (conclusions, page 28), ceci « *sous réserve du pouvoir de l'IBPT d'assurer l'exécution des décisions qu'il adopte* » (conclusions, note 15).

32. Base se rallie, pour l'essentiel, à l'argumentation de l'IBPT. Elle ajoute que la décision attaquée ne créerait pas une obligation spécifique et nouvelle dans le chef de Belgacom Mobile et qu'elle ne ferait que constater l'existence d'une obligation préexistante, à savoir celle d'accepter toute offre raisonnable d'interconnexion en reconnaissant à Base le droit de se prévaloir de l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991 à l'encontre de Belgacom Mobile et des autres opérateurs puissants.

Elle considère que la constatation par le Conseil de l'IBPT du caractère raisonnable de sa demande vaudrait sans distinction pour tous les opérateurs puissants, peu importe l'existence ou non d'un contrat d'interconnexion entre elle et les différents opérateurs.

33. Belgacom Mobile soutient, en substance, que la décision attaquée a pour objet de lui imposer une obligation spécifique et nouvelle et qu'elle implique une modification de la relation contractuelle existante entre elle et Base.

34. La décision attaquée, lue à la lumière des dispositions légales qui selon la décision servent de fondement à l'intervention de l'IBPT, ne peut cependant être comprise que comme une décision par laquelle l'IBPT constate, dans le chef de Belgacom Mobile, l'existence d'une infraction à l'obligation qui pèse sur les opérateurs puissants de répondre à toute demande raisonnable d'interconnexion et lui enjoint d'y mettre fin dans un délai déterminé.

Premièrement, il ressort du libellé de la demande d'intervention que Base a adressée à l'IBPT et des dispositions légales invoquées à l'appui de cette demande, que si Base a sollicité l'intervention de l'IBPT c'est en raison du refus de chaque opérateur nommé désigné d'accepter une modification des conditions d'interconnexion existantes, refus que Base qualifiait d'inacceptable au regard de l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991. Par sa demande, Base sollicitait donc bien de l'IBPT l'adoption d'une série de décisions individuelles en raison de l'existence d'une violation de cette obligation par chacun des opérateurs puissants.

18 -06- 2004

Deuxièmement, l'application d'une norme à un cas concret constitue une décision individuelle. On ne saurait dès lors prétendre que l'acte attaqué aurait un caractère général et qu'il constituerait une simple interprétation d'une norme existante.

Il échet à cet égard de relever que la circonstance que l'IBPT a constaté dans une seule décision le caractère raisonnable de la demande de Base à l'égard de l'ensemble des opérateurs puissants destinataires de la décision, au terme d'une même procédure administrative et sur la base d'un même raisonnement, ne lui enlève pas son caractère de décision individuelle. Bien que rédigée sous la forme d'une seule décision, l'acte attaqué doit s'analyser comme un faisceau de décisions individuelles faisant injonction à chacun des opérateurs puissants de répondre favorablement à la demande de Base.

S'agissant de Belgacom Mobile, la constatation par l'IBPT du caractère raisonnable de la demande de modification des plages horaires *peak/off peak*, assimilée dans la décision attaquée à une demande d'interconnexion, emporte par elle-même la constatation du caractère injustifié du refus de cet opérateur de l'accepter- refus constaté dans la décision-, et par voie de conséquence, la constatation implicite mais certaine d'une infraction à l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991, disposition dont l'IBPT doit assurer le respect.

On ne saurait dès lors prétendre, comme semble le faire l'IBPT, que la décision attaquée n'aurait pas d'autre finalité que celle de constater le caractère raisonnable de la demande de Base, et qu'elle n'aurait aucun rapport avec des comportements imputables de manière spécifique aux opérateurs puissants concernés. L'IBPT souligne d'ailleurs que son intervention tend à faire cesser un abus par un opérateur puissant.

18 -06- 2004

Troisièmement, la décision attaquée enjoint à Belgacom Mobile de répondre favorablement à la demande dans un délai qu'elle fixe et ne laisse à cet égard, contrairement à ce que l'IBPT soutient, aucune marge de liberté à Belgacom Mobile. Cette injonction ne peut être comprise que comme une mise en demeure de mettre fin à l'infraction constatée au sens de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des services des postes et des télécommunications belges.

Le fait que le Conseil de l'IBPT n'ait pas assorti cette injonction d'une astreinte – pouvoir que la loi ne lui donne pas-, ni prononcé de sanction administrative à l'encontre de Belgacom Mobile, ne prive pas la décision de sa force obligatoire, ce que l'IBPT reconnaît puisqu'il indique que Base peut se prévaloir de cette décision « *pour faire valoir ses droits* », et que le non respect de cette décision pourrait donner lieu à l'ouverture d'une procédure à l'issue de laquelle l'IBPT pourrait infliger une amende administrative à Belgacom Mobile sans devoir réexaminer le caractère justifié ou non du refus de Belgacom

Mobile de modifier les clauses du contrat d'interconnexion relatives à la définition des plages horaires.

Quatrièmement, la décision a été notifiée à Belgacom Mobile ce qui confirme qu'elle est bien le destinataire de la décision.

35. Il importe par ailleurs de souligner qu'en adoptant la décision attaquée, le Conseil de l'IBPT n'a pas statué sur un litige entre Base et chacun des autres opérateurs auxquels la décision a été notifiée.

L'acte attaqué relève de l'exercice par l'IBPT de sa mission générale de surveillance qui lui a été assignée par l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, laquelle comprend la constatation d'éventuelles infractions par une décision motivée et le pouvoir d'infliger des amendes pour en assurer le respect.

Le litige dont la cour est saisie a pour origine l'acte attaqué lui-même et non le refus de Belgacom Mobile d'accepter une modification du contrat d'interconnexion entre elle et Base qui n'est que la cause de l'intervention de l'IBPT.

Il ne saurait dès lors être prétendu que le recours de Belgacom Mobile a pour effet de déférer à la cour un litige qui oppose Base à Belgacom Mobile sur lequel l'IBPT n'a pas statué.

Il y a donc lieu d'écarter tout argument que les parties tirent de l'effet dévolutif de l'appel au sens du Code judiciaire, fondé sur la prémisse erronée que l'IBPT aurait été saisi par Base d'une demande de statuer sur un litige auquel la décision attaquée aurait mis fin et que la cour serait saisie de ce litige par l'effet du recours.

18 -06- 2004

B. Sur la recevabilité de l'intervention de BASE

36. La recevabilité de l'intervention de Base n'est pas contestée. Elle ne saurait être mise en doute puisque l'acte incriminé confère un avantage à Base en faisant injonction à Belgacom Mobile de répondre favorablement à la demande de Base de modifier ses plages horaires de sorte que Base justifie d'un intérêt à la solution du litige.

Base soulève des exceptions d'irrecevabilité qui n'ont pas été présentées par l'IBPT, partie intimée. Ce droit ne saurait lui être contesté puisque les exceptions tendent au rejet du recours.

C. Sur la recevabilité du recours de Belgacom Mobile

1. sur le moyen d'irrecevabilité du recours tiré par Base de la circonstance que le recours est dirigé contre l'IBPT et du caractère indivisible du litige

37. Selon Base, le recours a été dirigé à tort contre l'IBPT eu égard au fait qu'il ne saurait être reconnu à l'Institut, auteur de l'acte attaqué, '*la qualité d'adversaire dans le cadre de la procédure en première instance*'. En outre, aux dires de Base, le litige serait indivisible au sens de l'article 31 du Code judiciaire de sorte qu'en application de l'article 1053, alinéa 3, du même code, le recours serait irrecevable au motif qu'il n'a pas été dirigé contre Base dont l'intérêt est opposé à celui de Belgacom Mobile.

A l'appui de ce moyen, Base soutient que dans l'hypothèse où la cour viendrait à mettre à néant la décision du 29 août 2003, qui a selon elle un effet *erga omnes*, cette décision ne lui serait pas opposable de sorte que l'exécution conjointe de la décision attaquée et de celle de la cour serait matériellement impossible.

38. Le moyen ne peut être accueilli eu égard à la nature de l'acte attaqué par lequel le Conseil de l'IBPT n'a nullement tranché un *litige* (supra, point 35).

C'est donc à juste titre que Belgacom Mobile a dirigé son recours contre l'IBPT, auteur de l'acte attaqué qui constitue un acte administratif unilatéral relevant de la mission générale de surveillance assignée à l'IBPT.

Contrairement à ce que Base prétend, elle n'a pas, devant le Conseil de l'IBPT, la qualité de demandeur au sens qu'a cette notion en droit judiciaire privé. S'il est vrai que le Conseil de l'IBPT est intervenu suite à une demande formelle d'intervention émanant de Base et sur la base des informations fournies par cet opérateur, il n'empêche que Base n'a pu lui soumettre une prétention et qu'en l'espèce, c'est sur la base de sa mission générale de surveillance que l'IBPT a pris la décision litigieuse.

39. Il résulte de ce qui précède qu'à défaut de dispositions plus précises relatives à l'introduction des recours contre les décisions de l'IBPT devant la cour d'appel de Bruxelles, il n'existe aucun motif d'exiger du destinataire de l'acte attaqué qui introduit un recours contre l'IBPT qu'il dirige son recours également contre toute entreprise dont les intérêts pourraient être affectés par la décision de la

18 -06- 2004

cour, et en particulier, contre l'opérateur qui aurait provoqué l'intervention du régulateur ou contre l'opérateur qui tirerait un avantage de cette intervention.

Pour le même motif, il ne peut être exigé de la partie requérante qu'elle introduise le recours par voie de citation plutôt que par requête. En outre, s'agissant d'un recours, la règle selon laquelle les demandes principales doivent être introduites par citation ne s'applique pas en l'espèce.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient Base, les articles 31 et 1053, alinéa 3 du Code judiciaire ne trouvent pas à s'appliquer puisque l'annulation éventuelle de l'acte incriminé en ce qui concerne Belgacom Mobile, seule partie requérante, priverait Base du bénéfice de la décision attaquée en ce que celle-ci enjoint à Belgacom Mobile d'accepter les nouvelles plages horaires de Base. Il ne se conçoit en effet pas que Base puisse se prévaloir à l'égard de Belgacom Mobile d'un acte administratif que la cour aurait annulé dans les limites de sa saisine.

La cour n'est pas saisie, dans le cadre du présent litige, d'une contestation sur la portée de son arrêt sur la situation des autres destinataires de l'acte attaqué, qui ne l'ont pas contestée, ni en conséquence, de la question de savoir si l'IBPT a l'obligation, en cas d'annulation et en fonction des motifs d'annulation qui seraient retenus, d'étendre le bénéfice de l'arrêt à ceux-ci.

40. Base est intervenue volontairement à la cause et elle a eu accès au dossier. Elle a donc eu l'occasion de faire connaître utilement son point de vue devant la cour sur les moyens présentés par Belgacom Mobile à l'appui de son recours et celle de présenter elle-même des moyens tendant au rejet du recours.

Eu égard à l'intervention volontaire de Base, la cour ne doit pas s'interroger, dans le cadre de la présente affaire, sur la question de savoir si en l'absence d'intervention volontaire ou d'appel à la cause de l'opérateur qui tire un avantage de l'acte attaqué, il lui appartiendrait d'ordonner la communication de la requête aux fins d'intervention éventuelle afin de sauvegarder au maximum ses intérêts.

2. sur le moyen de Base tiré du caractère illégitime de l'intérêt de Belgacom Mobile

41. Selon Base, le refus de Belgacom Mobile d'accepter la modification des plages horaires proposée par Base serait constitutif

d'un abus de position dominante en ce qu'il aurait pour effet d'imposer à Base le maintien de conditions d'interconnexion inéquitables. Base déduit de cette prémisse que Belgacom Mobile ne peut faire valoir un intérêt légitime à l'appui de son recours.

42. Ce raisonnement confond la recevabilité du recours et son bien-fondé. L'intérêt à former un recours résulte du seul fait que Belgacom Mobile est destinataire de la décision attaquée qui affecte ses intérêts. Son droit d'agir ne saurait dépendre du fait que la cour constate préalablement que les conditions d'interconnexion prévues dans la convention entre Base et Belgacom Mobile sont inéquitables ou que celles que Base souhaite voir introduire sont raisonnables.

3. sur le moyen de Base tiré du l'article 1057 du Code judiciaire

43. Selon Base, la requête d'appel serait entachée de nullité en ce qu'elle n'indique pas les dispositions légales invoquées à l'appui du recours.

L'article 1057 du Code judiciaire qui énonce que l'acte d'appel doit contenir l'énonciation des griefs n'impose cependant nullement d'indiquer les dispositions légales pouvant servir de fondement aux moyens invoqués. L'exception *obscuri libelli* doit donc être rejetée.

18 -06- 2004

D. Sur les moyens présentés par Belgacom Mobile et tendant à l'annulation de l'acte attaqué.

Sur le moyen tiré du non respect des droits de la défense

44. L'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges prescrit au Conseil de l'IBPT d'entendre toute personne directement et personnellement concernée par une décision avant d'adopter la décision.

Selon l'IBPT, soutenu par Base, cette disposition a été respectée dans la mesure où Belgacom Mobile a fait part de son point de vue par ses lettres du 30 juillet et 18 août 2003 et qu'au cours de la réunion qui s'est tenue le 14 août 2003 entre deux représentants de Belgacom Mobile et un membre du conseil de l'IBPT, la question des heures *peak* et *off peak* de Base aurait été discutée.

Ces parties font valoir qu'il appartient au Conseil de l'IBPT de déterminer selon quelles modalités il prendra connaissance du point de vue des différentes personnes intéressées. Dès lors que celui-ci s'estime suffisamment informé du point de vue des opérateurs concernés, il pourrait légitimement décider qu'une audition dans le sens strict du terme ne se justifie pas.

Les personnes concernées directement et personnellement par une décision du Conseil ne puiseraient pas dans la disposition invoquée le droit de se défendre oralement ni celui d'être informés par écrit de l'objet de l'audition.

L'obligation d'entendre au préalable toute personne directement et personnellement concernée par une décision ne constituerait qu'une application du principe général de droit *audi alteram partem* dont l'objectif serait d'assurer une parfaite information de l'autorité administrative. Cet objectif aurait été atteint en l'espèce puisqu'au moment d'adopter la décision attaquée, le Conseil de l'IBPT était informé du point de vue de Belgacom Mobile. L'IBPT souligne à cet égard qu'il a pris soin d'exposer le point de vue de Belgacom Mobile dans la décision attaquée.

Cette obligation n'impliquerait par ailleurs pas celle pour le Conseil de l'IBPT de donner aux opérateurs dont les intérêts pourraient être affectés par la décision finale, l'accès au dossier. L'IBPT indique à cet égard que Belgacom Mobile n'a pas demandé en temps utile l'accès au dossier.

18 -06- 2004

45. Le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes, constitue tant en droit national qu'en droit communautaire un principe fondamental, qui doit être observé même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif (CJCE, 15 octobre 2002, affaires jointes C-238/99 P et autres, point 85).

Le respect de ce principe implique que l'autorité administrative chargée de contrôler le respect d'une réglementation et dotée, à ce titre, du pouvoir de constater des infractions et d'infliger des sanctions, ne peut retenir dans sa décision que les griefs au sujet desquels les entreprises ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue, ce que l'IBPT reconnaît dans ses conclusions additionnelles.

L'article 19, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 janvier 2003 doit donc être interprété comme une règle qui garantit le respect des droits de la défense lorsque le Conseil de l'IBPT envisage de constater l'existence d'une infraction et nullement comme une règle ayant pour seul

objectif de donner à cette autorité le moyen d'assurer sa propre information.

Mais contrairement à ce qu'indique Belgacom Mobile et dès lors que le Conseil de l'IBPT peut agir d'office (infra, point 55), le respect des droits de la défense n'implique pas que l'occasion de se défendre sur les griefs susceptibles d'être retenus par l'autorité administrative soit donnée postérieurement à une demande d'intervention de celui-ci.

La date de la lettre par laquelle Base a demandé à l'IBPT d'intervenir ne peut donc servir de critère et il y a lieu de tenir compte également de la période précédant cette demande d'intervention pour vérifier le respect des droits de la défense.

46. Comme indiqué plus haut (point 34) et contrairement à ce que l'IBPT prétend, la décision attaquée retient des griefs à charge de Belgacom Mobile.

Cette décision constate (1) l'existence d'une demande d'interconnexion adressée par Base à Belgacom Mobile qui aurait été exprimée par Base dans sa lettre du 30 juin 2003, (2) le refus de Belgacom Mobile de répondre favorablement à cette demande qui se déduirait de la correspondance, (3) le caractère raisonnable de la demande d'interconnexion, et déduit de ces constatations l'existence d'une violation par Belgacom Mobile de l'article 109 ter, § 3 de la loi du 21 mars 1991 puisqu'elle fait injonction à Belgacom Mobile d'y mettre fin.

Par ailleurs, sur la base de cette seule décision – c'est-à-dire sans devoir réexaminer le bien fondé des griefs retenus dans la décision à l'encontre de Belgacom Mobile-, et en cas de non respect de celle-ci, l'IBPT peut engager une procédure à l'issue de laquelle une amende peut être infligée à Belgacom Mobile.

18 -06- 2004

47. Le Conseil de l'IBPT devait donc donner à Belgacom Mobile l'occasion de faire connaître son point de vue sur l'existence du fait incriminé, sur la licéité d'un tel refus au regard de l'article 109 ter, § 3, alinéa premier de la loi du 21 mars 1991 et sur la mesure envisagée, ce qu'il n'a pas fait.

Le compte-rendu de la réunion qui s'est tenue le 14 août 2003 ne permet nullement de constater que Belgacom Mobile aurait été informée de l'existence de griefs à son encontre.

Le fait d'avoir fourni d'initiative à l'IBPT des informations et des commentaires sur la décision unilatérale de Base de modifier ses plages horaires ne peut être assimilé à l'exercice des droits de la défense que garantit la disposition précitée.

Si Belgacom Mobile a fait connaître son point de vue à l'IBPT sur les conséquences que pourrait avoir une telle modification, c'est uniquement dans le but d'inviter le régulateur à manifester sa désapprobation à l'égard d'une pratique consistant, pour un opérateur quel qu'il soit, à modifier de manière unilatérale les plages horaires et à s'écarter des plages horaires définies par l'ensemble des opérateurs sur le marché, et dans le but d'inciter le régulateur à procéder à une étude approfondie de la question avant d'établir en la matière, un code de conduite en concertation avec l'ensemble des opérateurs (lettres du 30 juillet 2003 et du 18 août 2003).

La lettre des conseils de Base du 21 août 2003, qui a été qualifiée par leurs auteurs de confidentielle, n'a pas été communiquée à Belgacom Mobile qui n'a donc pas pu réagir, en fait ou en droit, à la demande par laquelle Base demandait au Conseil de l'IBPT d'intervenir.

48. Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que Belgacom se plaint d'une violation du principe du respect des droits de la défense en ce que la décision attaquée lui enjoint de répondre favorablement à la demande de Base, alors que l'IBPT n'a pas donné à Belgacom Mobile la possibilité d'être entendue sur les griefs que celui-ci entendait retenir contre elle dans la décision finale constatant le manquement.

Contrairement à ce que soutient l'IBPT, cette conclusion ne saurait dépendre de la constatation préalable que le respect du droit de Base à être entendue lui aurait permis de développer d'autres arguments que ceux qu'elle a spontanément fait valoir dans ses lettres des 30 juillet et 18 août 2003 et que l'IBPT dit avoir pris en considération lors de sa décision. L'IBPT n'a pas à se substituer aux entreprises dont il contrôle les agissements au regard des lois et arrêtés royaux dont il doit assurer le respect, en spéculant sur la façon dont celles-ci auraient pu présenter leur défense si l'occasion leur en avait été donnée.

49. La constatation d'une violation des droits de la défense n'est cependant pas de nature à entraîner par elle-même le bien fondé du recours en annulation dans la mesure où Belgacom Mobile a la possibilité de développer tous ses arguments dans le cadre de son recours.

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 tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise.

2. Sur le moyen tiré de la non applicabilité de l'article 109 ter, § 3 de la loi du 21 mars 1991.

50. La décision attaquée renvoie à l'article 14, § 1er, 3°, de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges en vertu duquel l'IBPT a le pouvoir de contrôler le respect de l'obligation visée à l'article 109 ter, § 3, alinéa 1^{er} de la loi du 21 mars 1991.

Elle indique par ailleurs que le refus d'un opérateur puissant de répondre favorablement à une demande d'interconnexion *'ouvre pour l'opérateur débouté la possibilité de demander l'intervention de l'IBPT'*.

51. S'agissant de la portée de l'article 109 ter, § 3, alinéa 1^{er} de la loi du 21 mars 1991, l'IBPT fait valoir que l'obligation pour tout organisme puissant d'accepter de répondre de manière non-discriminatoire à toutes les *demandes d'interconnexion* pour autant qu'elles soient raisonnables, vise également l'obligation d'accepter toute *offre raisonnable de modification des conditions d'interconnexion existantes*, sans distinction quant à l'objet de ces conditions entre d'une part, les conditions relatives à l'acheminement du trafic en provenance du réseau de l'opérateur puissant et celles relatives à l'acheminement du trafic à destination du réseau interconnecté.

18 -06- 2004

L'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991 viserait donc également l'obligation pour un opérateur puissant d'accepter une offre raisonnable de modification des conditions relatives à l'acheminement du trafic en provenance de son réseau et à destination du réseau de l'opérateur interconnecté non puissant, telle que celle proposée par Base et qui concerne la définition de ses propres plages horaires pour la fixation des tarifs d'interconnexion.

S'agissant des conditions et des limites de son pouvoir d'intervention, l'IBPT expose que le pouvoir d'intervenir sur la base de l'article 109 ter § 3 de la loi ne saurait être confondu avec celui que lui confère l'article 109 ter § 5 de la même loi qui l'habilite à imposer une modification des conventions d'interconnexion déjà conclues lorsque cela est indispensable pour garantir l'égalité des conditions de concurrence ou l'interopérabilité.

Selon l'IBPT, l'article 109 ter § 5 de la loi est invoqué à tort par Belgacom Mobile dès lors qu'il est établi que la décision attaquée a été adoptée suite à une demande d'intervention de Base, opérateur confronté à un refus de la part d'un opérateur puissant de répondre favorablement à sa demande de modification des plages horaires, alors

que cette disposition viserait uniquement l'hypothèse où l'Institut intervient de sa propre initiative et sans devoir constater dans le chef de l'opérateur puissant un refus d'accepter la modification de l'accord déjà conclu.

Dans l'hypothèse où le Conseil de l'IBPT intervient, comme en l'espèce, sur pied de l'article 109 ter § 3 de la loi, c'est-à-dire non d'initiative mais à la demande d'un opérateur dénonçant le refus d'un opérateur puissant de répondre à une offre de modification d'un contrat d'interconnexion, il ne serait pas tenu de vérifier si la modification souhaitée s'impose pour garantir l'égalité des conditions de concurrence ou l'interopérabilité.

Il lui appartiendrait seulement d'examiner le caractère raisonnable de la demande en tenant compte de tous les intérêts en présence, ceux des consommateurs et ceux de tous les opérateurs, dans le but d'assurer une plus grande égalité entre ces derniers, dans un marché de libre concurrence et de transparence.

52. Base se rallie, pour l'essentiel, à cette analyse.

Elle fait cependant valoir que dès lors que la constatation par l'IBPT du caractère raisonnable des conditions d'interconnexion qu'un opérateur non puissant entend appliquer pour la terminaison des appels sur son réseau s'impose à tous les opérateurs puissants, seules les caractéristiques particulières de l'opérateur dont les conditions d'interconnexion sont soumises à l'appréciation du régulateur doivent être prises en compte pour apprécier le caractère raisonnable desdites conditions, sans tenir compte de l'existence éventuelle de contrats d'interconnexion entre celui-ci et les différents opérateurs puissants.

16 -06- 2004

Se fondant sur la considération que la décision attaquée se serait limitée à constater le caractère raisonnable de la nouvelle définition de ses plages horaires, elle soutient que l'arrêté royal du 20 avril 1999 fixant les délais et principes généraux applicables aux négociations commerciales en vue de conclure des accords d'interconnexion ne s'applique pas.

53. Belgacom Mobile soutient que l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991 ne peut fonder l'intervention de l'IBPT dans le conflit qui l'oppose à Base sur la modification des plages horaires. Cette disposition, qui vise expressément les « demandes d'interconnexion » ne serait pas applicable en l'espèce.

Elle reproche dès lors à la décision attaquée d'avoir méconnu l'article 109 ter § 5 de cette loi qui fixe les conditions dans lesquelles l'IBPT peut imposer, par exception au principe de la convention-loi, une modification des conventions d'interconnexion déjà conclues.

Elle souligne que rien ne permet de limiter le champ d'application de cette disposition au seul cas où l'IBPT agirait de sa propre initiative.

Belgacom Mobile fait par ailleurs valoir qu'à supposer que l'article 109 ter § 3 puisse fonder une intervention de l'IBPT en vue d'imposer une modification des conditions d'interconnexion existantes, encore faudrait-il déduire de cette disposition qu'elle ne vise que les services d'interconnexion fournis par les opérateurs puissants et non ceux fournis à ces derniers.

54. Il a déjà été constaté plus haut que la décision attaquée ne se borne nullement à constater le caractère raisonnable de la définition, par Base, de plages horaires *peak/off peak* pour la terminaison sur son réseau des appels en provenance des réseaux des opérateurs puissants.

Il ne résulte d'ailleurs d'aucune disposition que l'IBPT serait habilité à prendre une décision par laquelle il constaterait, *in abstracto*, c'est-à-dire sans procéder à une appréciation séparée de la situation des opérateurs concernés, le caractère raisonnable d'une offre d'interconnexion émanant d'un opérateur non puissant, ou le caractère raisonnable de certaines conditions commerciales proposées par un tel opérateur pour l'acheminement du trafic en provenance des réseaux dominants.

L'article 109 bis de la loi du 21 mars 1991 qui confie à l'IBPT le pouvoir d'approuver préalablement des offres de références concerne uniquement les offres émanant des opérateurs puissants.

Comme indiqué plus haut, la décision attaquée met Belgacom Mobile en demeure d'accepter, dans le délai qu'elle fixe, une nouvelle définition des plages horaires pour la terminaison des appels en provenance de son réseau sur le réseau de Base. Il est donc incontestable que la décision attaquée impose à Belgacom Mobile une modification du contrat d'interconnexion avec Base sans laisser aux parties la moindre marge de liberté pour négocier l'objet de la modification ou la date de son entrée en vigueur.

55. S'agissant de l'incidence du mode de saisine, aucune disposition ne permet de retenir la distinction proposée par l'IBPT pour déterminer l'étendue de son pouvoir d'intervention selon qu'il agit d'initiative ou à la demande d'un opérateur.

Si l'article 109 ter, § 5, de la loi du 21 mars 1991 donne à l'IBPT le pouvoir d'imposer la modification des conventions déjà conclues, rien n'indique qu'il ne pourrait pas exercer ce pouvoir suite à une demande d'intervention d'un opérateur.

18 -05- 2004

De même, rien ne permet de conclure que l'IBPT ne pourrait contrôler le respect des dispositions visées à l'article 14, § 1, 3° de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges que de sa propre initiative ou qu'il ne pourrait pas sur pied de l'article 21 de cette loi, de sa propre initiative, sanctionner le refus injustifié d'un opérateur puissant de répondre favorablement à une demande d'interconnexion raisonnable dans le respect des règles de procédure.

56. Les dispositions du droit national relatives aux compétences de l'IBPT en ce qui concerne la conclusion et la modification des accords d'interconnexion doivent être lues à la lumière des dispositions de la directive 97/33/CE relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications qu'elles sont censées transposer.

Il ressort de l'article 9, paragraphe 3, de cette directive que le législateur communautaire a clairement distingué les pouvoirs d'intervention des autorités réglementaires nationales dans les négociations qui conduisent à un accord d'interconnexion entre les organismes de télécommunications, de leur pouvoir d'exiger la modification d'accords d'interconnexion déjà conclus¹³.

S'agissant du pouvoir d'exiger la modification d'accords d'interconnexion déjà conclus, cet article prévoit :

« Les autorités réglementaires nationales peuvent, dans des cas exceptionnels, exiger la modification d'accords d'interconnexion déjà conclus, lorsque cette modification se justifie pour garantir la concurrence réelle et/ou l'interopérabilité des services pour les utilisateurs ».

Ce pouvoir ne peut donc être exercé que dans des circonstances exceptionnelles, ce qui s'explique aisément à la lumière du principe de la convention-loi, et seulement lorsque la modification est justifiée par la nécessité de garantir la concurrence réelle ou l'interopérabilité des services pour les utilisateurs. Il n'existe aucun motif de considérer que ce pouvoir serait plus large lorsque l'autorité réglementaire nationale l'exerce suite à la demande d'une partie au contrat d'interconnexion qui tirerait de la modification imposée un intérêt propre.

Rien n'indique que la législation belge en matière de télécommunication aurait habilité l'IBPT à imposer une modification d'un contrat d'interconnexion déjà conclu en vue d'atteindre d'autres objectifs que celui de garantir la concurrence réelle ou celui de garantir l'interopérabilité, en cas de refus d'un opérateur puissant de répondre favorablement à une demande de modification qui lui aurait été adressée par un opérateur non puissant.

¹³ CJCE 19 septembre 2002, C-221/01, Commission/Belgique, Recueil de Jurisprudence 2002, p I-07835.

L'article 14, § 1er, 3° de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur qui confère à l'IBPT des pouvoirs de surveillance très généraux, ne saurait justifier une extension du pouvoir d'intervention spécifique que prévoit l'article 109 ter § 5 de la loi du 21 mars 2001 en habilitant l'IBPT à demander la modification de contrats déjà conclus « *si cela est indispensable pour garantir l'égalité des conditions de concurrence ou l'interopérabilité* ».

Les dispositions de l'arrêté royal du 20 avril 1999 qui sont relatives aux procédures applicables aux négociations commerciales menées en vue de conclure des accords d'interconnexion (articles 6 à 12) ont été prises en exécution de l'article 109 ter de la loi du 21 mars 1991 tel que modifié par la loi du 19 mars 2003 et visent à rendre la législation nationale conforme à l'article 9, paragraphe 3, de la directive 97/33/CE.

Bien qu'en vertu de l'article 13 de cet arrêté, ces dispositions soient également d'application pour les parties qui mènent des négociations en vue d'apporter des modifications à un accord d'interconnexion qu'elles ont conclu et dont l'objet reste identique, elles ne peuvent ni conférer à l'IBPT un pouvoir non prévu dans la loi, ni restreindre le pouvoir que la loi lui donne d'imposer une modification d'un contrat déjà conclu dans les conditions prévues à l'article 109 ter § 5 de la loi du 21 mars 1991.

C'est par ailleurs à tort que Base soutient que le but de l'article 109 ter § 3 de la loi serait d'éviter que des organismes puissants abusent de leur position significative sur le marché aussi bien en imposant des conditions d'interconnexion inéquitables lors de la conclusion d'un contrat d'interconnexion qu'en s'opposant à la suppression des conditions contenues dans un contrat d'interconnexion existant lorsque ces conditions sont inéquitables ab initio ou en fonction de la survenance de nouveaux facteurs.

L'obligation pour les opérateurs réputés puissants de répondre favorablement à toute demande raisonnable d'interconnexion fait partie des obligations *ex ante* que le législateur communautaire avait instituées et qui vont au delà des obligations qui pourraient être imposées en vertu de l'article 82 du Traité, dans le but de favoriser la création des conditions d'une concurrence effective dans le secteur des télécommunications au cours de la transition d'une situation de monopole à la pleine concurrence en garantissant d'emblée aux nouveaux arrivants le droit d'avoir accès aux réseaux des opérateurs en place sans devoir rapporter la preuve d'un abus de position dominante en cas de refus d'accès.

C'est donc sans fondement que l'IBPT prétend tirer de l'article 109 ter § 3, en proposant une interprétation extensive de la notion de « demande d'interconnexion », le pouvoir d'imposer à un opérateur puissant une modification des conditions d'interconnexion

contractuellement prévues en se fondant seulement sur la constatation du caractère raisonnable de la modification proposée par l'opérateur interconnecté non puissant au regard des particularités du réseau de ce dernier.

57. Il ressort par ailleurs de l'article 9 de la directive 97/33/CE que le législateur communautaire a également distingué les pouvoirs des autorités réglementaires à intervenir dans les négociations qui conduisent à un accord d'interconnexion (paragraphe 3), de ceux qui les habilitent à intervenir en cas de litige en matière d'interconnexion entre des organismes au sein d'un Etat membre (paragraphe 5).

S'agissant de la résolution des litiges entre entreprises, la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») établit en son article 20 une distinction entre la compétence de statuer sur les litiges par une décision contraignante (paragraphe 1) et celle d'intervenir, notamment par la médiation, pour résoudre le litige, à la demande de la partie lésée (paragraphe 2).

La même distinction est faite dans la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges puisque celle-ci confère au Conseil de la concurrence la compétence de statuer sur les litiges en matière d'interconnexion et à l'IBPT la compétence de formuler des propositions tendant à concilier les parties en cas de litige, en répartissant ainsi entre deux organismes les tâches assignées aux autorités réglementaires nationales.

Cette répartition de compétences serait méconnue par la décision attaquée s'il fallait déduire que l'IBPT s'est considéré saisi d'un litige entre Base et chacun des opérateurs puissants concernés et compétent pour en connaître, du motif de l'acte attaqué selon lequel le refus d'un opérateur puissant de répondre favorablement à une demande d'interconnexion (demande qui porte en réalité sur une modification d'un contrat d'interconnexion déjà conclu-), « ouvrirait pour l'opérateur débouté la possibilité de demander l'intervention de l'IBPT ».

58. Il résulte de ce qui précède que le Conseil de l'IBPT ne pouvait puiser dans l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991 le pouvoir d'imposer à Belgacom Mobile d'accepter une modification du contrat d'interconnexion qui la lie à Base en ce qui concerne la définition des plages horaires pour les tarifs de terminaison des appels en provenance du réseau de Belgacom Mobile.

Les dispositions relatives aux pouvoirs de l'IBPT étant d'ordre public, l'Institut ne saurait tirer un quelconque argument en faveur d'une extension de ses pouvoirs tiré de la prétendue reconnaissance par Belgacom Mobile de sa compétence à intervenir sur cette base.

18 -06- 2004

3. Sur le moyen tiré du fait que la décision attaquée ne constate pas la réunion des conditions fixées par l'article 109 ter, § 5 de la loi du 21 mars 1991

59. La décision attaquée impose à Belgacom Mobile l'obligation d'accepter une nouvelle définition des plages horaires des tarifs MTR appliqués par Base.

Cette décision repose sur la considération que Base, vu sa position actuelle sur le marché mobile et sur le marché de l'interconnexion, n'est pas concernée par les obligations *ex ante* qui pèsent sur les opérateurs désignés puissants de sorte qu'elle est libre de déterminer son tarif MTR.

Elle se fonde, d'une part, sur la constatation que la période allant de 19 à 22 heures constitue une période pendant laquelle le réseau est le plus intensément utilisé, d'autre part, sur la considération que Base tire équitablement les conséquences de sa distribution de trafic en retardant le début des heures creuses à 10 heures au lieu de 8 heures précédemment.

Les autres motifs de la décision ont trait à l'absence d'effets négatifs sensibles de l'imposition de l'obligation pour les opérateurs puissants concernés.

Ces considérations dont il résulte que l'IBPT n'a pris en compte que l'intérêt propre de Base et n'a pas vérifié si le refus de Belgacom d'accepter les nouvelles plages horaires empêche l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable ou risquerait d'être préjudiciable à l'utilisateur final, ne sauraient fonder l'imposition à Belgacom Mobile de ladite obligation en privant Belgacom Mobile des droits qu'elle tire d'une convention d'interconnexion qui fait la loi des parties.

E. Sur le recours de Belgacom Mobile en ce qu'il tend à entendre dire pour droit et ordonner qu'une suite favorable ne peut être donnée à la demande de Base d'imposer une modification de la convention d'interconnexion en ce qui concerne les plages horaires *peak/off peak*

60. Selon l'IBPT, la cour d'appel de Bruxelles disposerait dans le cadre du contentieux des décisions de l'IBPT du pouvoir de réformer la décision attaquée et de lui substituer la sienne en prenant en considération tous les éléments de la cause et tous les arguments et moyens tant en fait qu'en droit, développés devant la cour.

18 -06- 2004

Mais au stade de l'examen des questions litigieuses, le pouvoir de la cour serait limité à un contrôle marginal en ce sens que la cour devrait se limiter à apprécier si, au regard des circonstances et éléments de la cause, le Conseil de l'IBPT n'a pas manifestement pris une mauvaise décision.

L'IBPT souligne le caractère hautement technique de la matière.

Il considère qu'il serait par ailleurs impossible pour la cour, à l'occasion d'un recours, de recommencer tout le travail d'instruction qui a été réalisé par l'autorité nationale de régulation, d'entendre tous les intervenants et de prendre en considération les préoccupations des uns et des autres.

S'agissant du dossier de la procédure, l'IBPT indique que la cour ne dispose pas de l'ensemble des pièces ayant servi de base à la décision attaquée, en raison de l'interdiction qui pèse sur les membres du Conseil de divulguer des informations confidentielles dont ils ont eu connaissance dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions et de l'obligation faite à l'IBPT de préserver la confidentialité des données fournies par les entreprises et qui sont considérées par l'entreprise comme des informations d'entreprise ou de fabrication confidentielles au sens de l'article 6, § 1^{er}, 7 de la loi du 11 avril 1994.¹⁴

Ainsi, les données relatives à la distribution du trafic enregistré sur le réseau de Belgacom Mobile et celles relatives à la distribution du trafic sur le réseau de Base n'ont pas été versées au dossier de la procédure.

8 -06- 2004

61. Selon Belgacom Mobile, « *il n'est pas entièrement exclu que, au moins dans certains dossiers la cour pourrait se limiter à mettre à néant la décision prise par l'IBPT afin de faire droit au recours introduit contre cette décision. Dans de tels cas, un moyen fondé sur le non respect du droit à être entendu pourrait suffire pour que la cour puisse mettre à néant la décision attaquée de l'IBPT* ».

Il résulte cependant de l'objet du recours (supra, point 20) que dans la présente affaire, et sans s'expliquer plus avant, Belgacom Mobile demande à la cour de ne pas se limiter à annuler la décision litigieuse et de se prononcer sur la *demande* que Base a introduit auprès de l'IBPT et à défaut, d'ordonner que cette demande soit rejetée par l'IBPT.

Selon Belgacom Mobile, il n'existerait par ailleurs aucun motif de limiter la compétence de la cour à un contrôle marginal.

¹⁴ article 23 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des Postes et des Télécommunications belges

S'agissant des données confidentielles non versées au dossier par l'IBPT, elle fait seulement observer que dans la mesure où ces données ne font pas l'objet d'une contestation entre les parties, il ne serait pas indiqué d'adopter dans le cadre de la présente procédure, des mesures pour en ordonner la production.

62. Base fait valoir que dès lors que la décision attaquée est un acte administratif, la cour ne peut exercer qu'un contrôle de légalité. Elle soutient qu'en aucun cas, la cour ne pourrait se substituer à l'IBPT dans l'exercice d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Mais dans le même temps, elle expose qu'il y aurait lieu de constater qu'en tout état de cause, les conditions de l'article 109 ter § 5 de la loi du 21 mars 1991 sont réunies en l'espèce .

Selon Base, la modification des plages horaires serait indispensable pour garantir l'égalité des conditions de concurrence, laquelle impliquerait que Base puisse fixer ses plages horaires en fonction de la distribution des appels sur son réseau et non pas sur la base de la distribution des appels sur le réseau de Belgacom Mobile.

63. Comme indiqué plus haut, en attribuant expressément à la cour d'appel de Bruxelles une « *compétence de pleine juridiction* », le législateur a entendu ne pas limiter les pouvoirs confiés à la cour d'appel de Bruxelles à celui d'annuler les décisions de l'IBPT entachées d'illégalité et lui reconnaître le pouvoir de réformer l'acte attaqué pour le soustraire, ainsi réformé, à l'annulation.

L'article 2, § 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges doit être interprété à la lumière de l'article 4 de la Directive 2002/21/CE (directive « cadre ») auquel le législateur devait se conformer lors de l'adoption de dispositions nouvelles en matière de recours et qui dispose, en ce qui concerne le droit de recours contre les décisions des autorités réglementaires nationales, que « *les Etats membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace* ».

Cette même disposition précise que l'organisme de recours, qui peut être un tribunal, « *dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions* ».

64. Encore faut-il que la cour puisse substituer sa décision à l'acte attaqué sur la base des éléments versés au dossier sans heurter le principe de la séparation des pouvoirs en privant l'IBPT, autorité réglementaire nationale, de son pouvoir d'appréciation, ni méconnaître les dispositions des nouvelles directives qui édictent des

obligations d'information et de coopération non équivoques à la charge des autorités réglementaires nationales qui entendent imposer des obligations à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché donné.

La cour ne pourrait imposer à Belgacom Mobile l'obligation d'accepter une modification des plages horaires que s'il existait une règle de droit objectif qui met directement à charge des opérateurs puissants l'obligation d'accepter une modification d'un contrat d'interconnexion en ce qui concerne la définition des plages horaires servant de base à la détermination du tarif d'interconnexion applicable pour la terminaison des appels sur le réseau interconnecté lorsque les plages horaires fixées contractuellement ne correspondent pas ou ne correspondent plus à la distribution réelle du trafic sur ce réseau à un moment donné. Tel n'est pas le cas.

En conséquence, l'imposition d'une telle obligation relève de l'exercice du pouvoir conféré à l'IBPT, autorité administrative chargée d'accomplir les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales lesquelles disposent d'une liberté d'appréciation leur offrant la possibilité de déterminer si une obligation s'impose au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), dans le respect des règles de procédure.

Or, comme précisé plus haut, la cour ne peut sous peine de priver l'IBPT de sa liberté d'appréciation et se substituer ainsi à lui, déterminer elle-même de quelle manière celui-ci doit exercer ses pouvoirs ni choisir à la place de l'autorité réglementaire nationale la solution qui semble la plus appropriée dans les limites fixées par la loi (Cass., 19 avril 1991, Pas. 1991, I, p. 751 et 4 mars 2004, RC04341-1).

18 -06- 2004

65. S'agissant des conditions dans lesquelles l'IBPT pourrait imposer ladite modification du contrat, c'est à juste titre que Belgacom Mobile invoque les dispositions des nouvelles directives composant le nouveau cadre réglementaire en matière de télécommunication qui instituent des mécanismes de consultation et de coopération qui s'appliquent notamment lorsqu'une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure qui relève des articles 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») qui auraient des incidences sur les échanges entre les Etats membres.

L'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 2002/19/CE (directive « accès »), repris plus haut (point 29) prévoit expressément le maintien de certaines obligations *ex ante* relatives à l'accès et à l'interconnexion qui étaient applicables avant l'entrée en vigueur de cette directive, parmi lesquelles les obligations imposées en vertu des articles 4, 6, 7, 8, 11, 12 et 14 de la directive 97/33/CE, jusqu'à ce que

ces obligations aient été réexaminées et qu'une décision ait été prise quant à leur maintien, leur suppression ou leur modification.

Il ne résulte cependant nullement de cette disposition que dans l'attente d'une telle décision, l'IBPT pourrait encore, en vertu d'une disposition nationale transposant l'article 9 de la directive 97/33/CE, imposer une obligation nouvelle à un opérateur qui a été notifié puissant en vertu de l'article 4, paragraphe 3 de cette directive, alors que cet opérateur n'a pas encore été désigné comme disposant d'une puissance significative sur le marché concerné conformément à l'article 8, paragraphe 2 de la directive 2002/19/CE (directive « accès »), et qu'il pourrait le faire sans respecter les dispositions relatives à la consultation et de coopération prévues dans les directives composant le nouveau cadre réglementaire.

Les procédures prévues aux articles 6 et 7 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») et à l'article 8, paragraphe 3, dernier alinéa de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») concernent les relations entre un Etat membre et la Commission ou les autres Etats membres de sorte que ces dispositions ne doivent pas, en principe, être transposées (CJCE, 20 novembre 2003, Commission/France (C-296/01), *Rec.* 2003, p.00000, points 92).

Elles sont inconditionnelles et suffisamment précises pour être appliquées par l'IBPT lorsqu'il envisage d'imposer aux opérateurs puissants une obligation nouvelle en matière d'accès ou d'interconnexion, notamment une mesure autre que celles énoncées aux articles 9 à 13 de la directive 2002/19/CE (directive « accès »), qui aurait des incidences sur les échanges entre les Etats membres, ce que l'IBPT n'a pas vérifié avant d'adopter la décision attaquée.

R -06- 2004

Conclusion

66. Il résulte de ce qui précède que la décision attaquée doit être mise à néant et qu'en l'espèce, la cour ne peut ni dire pour droit qu'une modification du contrat d'interconnexion entre Belgacom Mobile et Base est justifiée au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), ou, au contraire, qu'elle ne l'est pas, ni faire à l'IBPT la moindre injonction à ce sujet.

PAR CES MOTIFS,**LA COUR,**

Statuant contradictoirement,

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

Dit le recours de Belgacom Mobile recevable,

Dit l'intervention de Base recevable,

Dit le recours de Belgacom Mobile fondé dans la mesure ci-après,

Met la décision attaquée à néant en ce qu'elle met Belgacom Mobile en demeure d'accepter de modifier le contrat d'interconnexion entre elle et Base en ce qui concerne la définition des plages horaires pour l'application des tarifs MTR de Base.

Dit le recours non fondé en ce qu'il tend à entendre dire pour droit qu'une modification du contrat d'interconnexion entre Base et Belgacom Mobile en ce qui concerne la définition des plages horaires pour les tarifs MTR appliqués par Base à Belgacom Mobile ne se justifie pas, et en ce qu'il tend à entendre ordonner à l'IBPT de ne pas imposer ladite modification.

Condamne l'IBPT aux dépens, liquidés en ce qui le concerne à 456,12 euros, à 186 + 57,02 + 456, 12 euros en ce qui concerne Belgacom Mobile et à 456,12 euros en ce qui concerne Base.

18 -06- 2004



Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 18 -06- 2004

où étaient présents :

Christine SCHURMANS, Conseiller ff Président,
Stefaan RAES, Conseiller,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier,


P.DELGUSTE


H.MACKELBERT

 
S.RAES Ch.SCHURMANS