

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2004/AR/174

R. n°: 2006/3755

N°: 949

Arrêt définitif

Recours formé par Belgacom contre la décision de l'IBPT du 23 décembre 2003 relative à l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale- Version BRUO 2004

EN CAUSE DE :

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

Requérante,

Représentée par Maîtres Nicole Cahen et Pierre-Olivier De Broux, avocats à 1060 Bruxelles, rue Henri Wafelaerts, 47-51,

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,

Partie adverse,

Représentée par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24.

12 -05- 2006

I. La décision faisant l'objet du recours

1. Belgacom est un opérateur de réseau téléphonique public fixe qui a été désigné comme puissant, notamment sur le marché de la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes, visé à l'article 3.2 et à l'annexe I, première partie, de la directive 97/33/CE du Parlement 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).

Par lettre du 15 septembre 2003, Belgacom a communiqué à l'IBPT, conformément à l'obligation qui pèse sur elle aux termes du règlement (CE) n° 2887/2000 et de l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, sa proposition d'offre de référence pour le dégroupage de l'accès à sa boucle locale pour l'année civile 2004 (Belgacom's Reference Ull Offer ('BRUO') 2004), en indiquant qu'elle ferait parvenir ultérieurement à l'Institut une note pour justifier les nouveaux tarifs.

Après réception de cette offre, l'IBPT l'a soumise à une consultation du marché.

Un échange de courriers a eu lieu entre l'IBPT et Belgacom.

Le 15 décembre 2003, l'IBPT a publié le projet de décision en invitant les opérateurs habilités à fournir des services de télécommunication, à réagir avant le 19 décembre 2003, 14H 00.

Belgacom a communiqué des observations par écrit le 19 décembre 2003.

12 -05- 2006

2. La décision attaquée du 23 décembre 2003 impose à Belgacom de modifier son offre de référence BRUO 2004 sur une série de points.

Elle indique que les modifications doivent intervenir, conformément à l'article 108bis de la loi du 21 mars 1991, dans le mois de la publication de la décision mais aussi que les bénéficiaires ne doivent pas attendre que l'offre soit modifiée conformément à la décision pour pouvoir se prévaloir des modifications imposées (point 3.2).

Il y est également indiqué que l'IBPT peut encore, de sa propre initiative, imposer d'autres modifications, le cas échéant suggérées par d'autres opérateurs (point 3.4).

II. Antécédents de la procédure

3. En date du 22 janvier 2004, la SA Belgacom a introduit un recours contre la décision du Conseil de l'IBPT du 23 décembre 2003 relative à l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale, version « Bruo » 2004.

Par ce recours, Belgacom poursuit la mise à néant de la décision dans sa totalité.

A titre subsidiaire, Belgacom invite la cour à annuler la décision sur une série de points qu'elle énumère.

Elle invite en outre la cour à confirmer l'offre de référence BRUO du 15 septembre 2003, à tout le moins à la confirmer sur tous les points à l'encontre desquels l'IBPT a formulé des objections.

4. Le 26 octobre 2004, Mobistar a déposé une requête en intervention volontaire aux fins d'entendre déclarer le recours de Belgacom non fondé.

Mobistar a déposé des conclusions le 10 mai 2005 aux termes desquelles elle a formulé à l'encontre de la décision de l'IBPT du 23 décembre 2003 des griefs différents de ceux que Belgacom formule à l'appui de son recours.

5. Par un arrêt du 9 décembre 2005, la cour a dit le recours de Belgacom recevable.

Elle a également décidé que Mobistar n'était pas habilitée à intervenir dans la procédure et elle a ordonné la réouverture des débats pour permettre à Belgacom et l'IBPT de conclure oralement sur la base de l'ensemble des éléments du dossier.

Les parties Belgacom et IBPT ont été entendues à l'audience du 27 janvier 2006 au cours de laquelle l'affaire a été mise en délibéré.

Il a été donné acte à Belgacom dans le procès-verbal de l'audience qu'elle renonçait à certains des griefs qu'elle avait formulés à l'encontre de la décision attaquée.

12 -05- 2006

III. Le cadre réglementaire

Le règlement (CE) n°2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale

6. Les articles 3 et 4 de ce règlement énoncent:

« Article 3

Fourniture d'un accès dégroupé

1. Les opérateurs notifiés publient à partir du 31 décembre 2000 et tiennent à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à leur boucle locale et aux ressources connexes, qui inclut au minimum les éléments énumérés dans l'annexe. L'offre est suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources du réseau qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services et contient une description des éléments de l'offre et des modalités, conditions et tarifs qui y sont associés.

2. À partir du 31 décembre 2000, les opérateurs notifiés accèdent à toute demande raisonnable des bénéficiaires visant à obtenir un accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires. Les demandes ne peuvent être rejetées que sur la base de critères objectifs afférents à la faisabilité technique ou à la nécessité de préserver l'intégrité du réseau. Si l'accès est refusé, la partie lésée peut soumettre le cas aux procédures de règlement des litiges visées à l'article 4, paragraphe 5. Les opérateurs notifiés fournissent aux bénéficiaires des ressources équivalentes à celles qu'ils fournissent à leurs propres services ou à des entreprises qui leur sont associées, dans les mêmes conditions et délais.

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.

Article 4

Surveillance par l'autorité réglementaire nationale

1. 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.

2. L'autorité réglementaire nationale est habilitée:

a) 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 et

b) à demander aux opérateurs notifiés de lui fournir des informations pertinentes pour la mise en oeuvre du présent règlement.

3. L'autorité réglementaire nationale peut 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.

4. 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.

5. Les litiges entre entreprises relatifs à des questions relevant du **présent règlement** font l'objet des procédures nationales de **règlement des litiges** établies conformément à la directive 97/33/CE et sont traitées avec célérité, équité et transparence. »

L'article 1^{er}, paragraphe 4, de ce règlement prévoit :

« Le présent règlement s'applique sans préjudice du droit des États membres de maintenir ou d'introduire, dans le respect du droit communautaire, des mesures qui **contiennent** des dispositions plus détaillées que celles qui figurent dans **le présent** règlement et/ou qui ne relèvent pas du champ d'application de ce dernier, notamment en ce qui concerne d'autres types d'accès aux infrastructures locales. »

L'annexe du règlement contient la liste minimale des éléments qui doivent figurer dans l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale.

L'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications

7. Avant l'adoption du règlement n° 2887/2000, une sous-section 5 a été insérée dans l'arrêté royal du 22 juin 1998 par l'arrêté royal du 12 décembre 2000 (publié et entré en vigueur le 29 décembre 2000), intitulée « **Dégroupage de l'accès à la boucle locale** » qui contient les dispositions suivantes :

1 2 -05- 2006

« Article 6ter.

Tout opérateur notifié satisfait aux conditions relatives au dégroupage de l'accès à la boucle locale imposées par les règlements européens en la matière.

Article 6quater

Toute information et spécification, que l'opérateur notifié met à disposition en vue de permettre la conclusion d'un accord de dégroupage de l'accès à la boucle locale, contient également les modifications qu'il prévoit d'y apporter dans les six mois suivants.

Les parties garantissent la confidentialité des informations mentionnées à l'alinéa précédent. Ces informations sont uniquement utilisées aux fins pour lesquelles elles ont été fournies et ne sont pas transmises à d'autres sections, filiales ou partenaires pour qui elles pourraient constituer un avantage concurrentiel.

Article 6quinquies

Les tarifs concernant le dégroupage de l'accès à la boucle locale tiennent compte des coûts du réseau existant et des coûts effectués pour permettre le dégroupage.

Article 6sexies

§1^{er}. L'Institut communique, pour le 28 février 2001 au plus tard, ses remarques au sujet de l'offre de référence que l'opérateur notifié publie le 31 décembre 2000 au plus tard, ainsi que, le cas échéant, les modifications qui doivent y être apportées.

L'Institut peut effectuer une consultation publique au sujet de cette offre de référence parmi les parties concernées.

12 -05- 2006

§ 2. La partie qui souhaite le dégroupage de l'accès à la boucle locale peut donner suite à l'offre de référence dès que celle-ci est publiée.

§ 3. L'offre de référence est valable pour l'année civile qui suit l'année de la publication. Si l'opérateur notifié souhaite apporter des modifications à cette offre pendant l'année civile en cours, il demande préalablement l'accord de l'Institut. »

La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques

8. Aux termes de l'article 106, paragraphe 1^{er}, de la loi, tel que modifié par la loi programme du 2 janvier 2002 « les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne (...) : 5° l'accès dégroupé à la boucle locale ».

L'article 108 bis de cette loi, inséré par la loi du 2 janvier 2001, est libellé comme suit :

« § 1^{er}. 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 les modifications et publier l'offre de référence.

§ 2. Les opérateurs concernés disposent d'un délai de quatre mois à partir de la date de la demande d'accès dégroupé à la boucle locale pour conclure un accord en la matière. Ce délai ne peut être prolongé que conformément à l'article 79ter, § 2.

§ 3. L'Institut prend toutes les mesures nécessaires pour assurer une concurrence réelle sur le marché de l'accès dégroupé à la boucle locale. »

IV. Sur le bien fondé du recours en annulation de Belgacom

A. Sur le pouvoir de l'IBPT, au jour de la décision attaquée, d'imposer des modifications de l'offre de référence

Observations des parties

12 -05- 2006

9. La décision attaquée est intervenue le 23 décembre 2003. Il y est énoncé, au point 1.2, qu'elle est prise sur la base de l'article 4 du règlement n° 2887/2000 et de l'article 6sexies de l'arrêté royal du 22 juin 1998.

Invoquant l'article 108 bis, § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991, qui dispose que l'IBPT communique les modifications à apporter à l'offre de référence avant le 15 novembre de chaque année, Belgacom fait valoir que cette décision excède les compétences de l'IBPT et qu'elle est dès lors illégale.

Belgacom tient à cet égard, en substance, le raisonnement suivant :

- comme indiqué par le Conseil d'Etat dans son avis sur l'avant-projet d'arrêté royal du 12 décembre 2000 (Avis n°30.770/4, *Moniteur belge du 29 décembre 2000, pp 43.243 et s.*), la mise en œuvre du règlement n°2887/2000 par les Etats membres suppose la

désignation par chaque Etat membre de l'autorité compétente pour **exercer le pouvoir spécifique d'imposer des modifications de l'offre de référence**, confié aux autorités réglementaires nationales (ARN) par l'article 4.2 du règlement n°2887/2000 ;

- le règlement n° 2887/2000 ne prévoit pas, pour l'exercice par les ARN de ce pouvoir, des modalités particulières de sorte qu'il laisse aux Etats membres le soin d'en organiser la mise en oeuvre;

- l'arrêté royal du 12 décembre 2000, et ultérieurement l'article 108bis de la loi du 21 mars 1991 inséré par la loi du 2 janvier 2001, ont désigné l'IBPT comme autorité réglementaire nationale compétente pour exercer ce pouvoir ;

- l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991 a rendu annuelle l'obligation qui pèse sur l'opérateur notifié en vertu de l'article 3.1. du règlement n° 2887/2000 **de tenir à jour l'offre de référence** et a, corrélativement, rendu annuelle l'intervention de l'IBPT, ce qui n'est en rien incompatible avec le règlement ;

- l'IBPT n'a pas d'autres compétences que celles qui lui sont dévolues par la loi nationale, laquelle n'a pas habilité l'IBPT à imposer à tout moment des modifications de l'offre de référence ;

- l'article 4.3 du règlement concerne le pouvoir d'intervention des ARN dans des cas de figures autres que l'intervention sur l'offre de référence et ni cet article ni l'article 108 bis, § 3, qui en constitue la transposition en droit national, ne sauraient donc constituer la base légale de la décision attaquée de l'IBPT ;

12 -05- 2006

10. L'IBPT rétorque que l'article 4.2. du règlement est directement applicable de sorte qu'il puise dans cette disposition, également citée dans la décision attaquée, le pouvoir d'imposer à tout moment des modifications à l'offre de référence lorsque ces modifications sont justifiées pour assurer la non discrimination, une concurrence équitable, l'efficacité économique ainsi que le plus grand bénéfice pour les utilisateurs finals.

Il considère que la circonstance que l'article 4.2 du règlement ne prévoit pas de délai et ne mentionne pas les critères permettant de considérer qu'une modification est justifiée ne permet pas de conclure que cette disposition nécessiterait une mesure de transposition en droit national.

Il considère aussi que ce n'est pas parce que l'article 108 bis oblige Belgacom à lui soumettre son projet d'offre de référence avant une certaine date, que le délai dans lequel l'IBPT doit faire ses observations serait un délai de rigueur.

L'Institut invite la cour soit à considérer que la date du 15 novembre est purement indicative, dès lors que le législateur national n'est pas habilité à limiter le pouvoir d'intervention de l'autorité dans le temps, soit à écarter cette disposition qui serait contraire au règlement.

Appréciation de la cour

11. L'applicabilité directe d'un règlement communautaire exige que son entrée en vigueur et son application en faveur ou à la charge des sujets de droit se réalisent sans aucune mesure portant réception dans le droit national (Cour de Justice, 31 janvier 1978, *Zerbone* (94/77, Rec. p.00099).

Le règlement n° 2887/2000 énonce en son article 3 que les opérateurs notifiés publient à partir du 31 décembre 2000 et tiennent à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à leur boucle locale et aux ressources connexes.

Il énonce en son article 4, paragraphe 2, a), que l'autorité réglementaire nationale est habilitée à imposer des modifications de l'offre de référence, y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées. Ce pouvoir est envisagé par le législateur communautaire comme un pouvoir distinct de celui 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, visé par le paragraphe 3 de la même disposition.

Les **dispositions du règlement** qui instituent des mesures spécifiques destinées à **encourager** la conclusion de contrats d'accès à des conditions techniques et tarifaires transparentes, non discriminatoires et objectives susceptibles de promouvoir une concurrence loyale et durable, sont claires et précises.

Elles impliquent que l'offre de référence doit être mise à jour par l'opérateur notifié chaque fois qu'une modification de l'offre se justifie en raison des obligations que le règlement impose aux opérateurs notifiés pour atteindre les objectifs qu'il poursuit et que les ARN peuvent, à tout moment, imposer des modifications qui se justifient au regard des objectifs du règlement.

Contrairement à ce que soutient Belgacom, la mise en œuvre du règlement n'implique nullement l'adoption de règles nationales organisant, en ce qui concerne l'offre de référence pour l'accès

dégroupé à la boucle locale, une procédure spécifique d'intervention de l'autorité compétente et fixant une limite temporelle à cette intervention.

Belgacom a d'ailleurs reconnu implicitement la compétence de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence en dehors du calendrier fixé par la loi nationale, puisqu'elle invitait l'IBPT à postposer toute décision relative au SLA pour traiter les questions du SLA ensemble avec celle de l'ISLA (sa lettre du 19 décembre 2003, point 8).

Or, l'article 108 bis § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 comme l'article 6sexies § 3 de l'arrêté royal du 22 juin 1998 instituent un régime très différent de celui qui est organisé par le règlement.

Ce régime consiste à imposer à l'opérateur notifié l'obligation de publier chaque année une offre de référence dont la durée de validité est fixée à un an, sans lui imposer une obligation de tenir l'offre publiée à jour et, corrélativement, à conférer à l'IBPT le pouvoir d'exiger de l'opérateur notifié, par une décision devant intervenir au plus tard le 15 novembre, qu'il modifie son projet d'offre de référence avant sa publication.

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

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

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

12 -05- 2006

L'application de ces dispositions doit donc être écartée en ce qu'elles privent l'IBPT de la possibilité d'imposer des modifications à l'offre de référence en dehors du calendrier qu'elles prévoient.

C'est en vain que Belgacom fait valoir que l'IBPT pourrait encore intervenir après le 15 novembre de chaque année lorsqu'il constate une infraction à la législation dont il contrôle le respect. La compétence générale de l'IBPT d'intervenir sur pied de l'article 21 de la loi (statut) du 17 janvier 2003 lorsqu'il constate une infraction, de mettre le contrevenant en demeure de remédier à la situation dans le délai qu'il fixe et d'infliger une amende si la mise en demeure est restée infructueuse, ne saurait être considérée comme une mise en œuvre du pouvoir d'intervention spécifique prévu à l'article 4, paragraphe 2, sous a), du règlement d'exiger des modifications de l'offre de référence.

La possibilité laissée aux Etats membres par l'article 1, paragraphe 4, du règlement d'introduire des mesures qui contiennent des dispositions plus détaillées que celles qui figurent dans le règlement, n'inclut pas celle d'introduire des dispositions qui en modifient les effets, comme celles précitées qui limitent dans le temps le pouvoir de l'IBPT d'imposer des modifications de l'offre de référence.

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

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

12. Ainsi qu'il ressort des deuxième et quinzième considérants du règlement n° 2887/2000, le règlement doit venir en complément des dispositions existantes du droit communautaire qui garantissent le service universel et l'accès à un prix abordable à tous les citoyens de l'Union européenne, en particulier celles des directives 97/33/CE et 98/10/CE.

1 2 -05- 2006

Le règlement n° 2887/2000 qui entrerait en application le troisième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, ne comporte aucune disposition selon laquelle les Etats membres devaient désigner l'autorité chargée d'exercer les compétences spécifiques conférées par ce règlement aux autorités réglementaires nationales. Il y donc lieu de considérer que les termes « autorités réglementaires nationales » dans ce règlement visent les autorités qui avaient déjà été désignées en application des dispositions existantes du droit communautaire, en particulier de l'article 18 de la directive 97/33/CE.

C'est donc à tort que Belgacom prétend que si l'IBPT est compétent pour réaliser tout ou parties des tâches confiées aux ARN par le règlement, ce serait sur le fondement exclusif des dispositions nationales (l'article 6sexies de l'arrêté royal du 22 juin 1998, inséré par l'arrêté royal du 12 décembre 2000 ou l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991, inséré par la loi du 2 janvier 2001) pour conclure que nonobstant son applicabilité directe, le règlement n° 2887/2000 ne saurait servir de fondement à une intervention de l'IBPT en dehors des limites du calendrier fixé par la loi nationale.

En outre, à supposer même que l'exécution du règlement requière la désignation par chaque Etat membre de l'autorité réglementaire compétente chargée de sa mise en œuvre, le moyen doit être rejeté. En effet, l'obligation pour les Etats membres de désigner l'autorité compétente chargée de la mise en œuvre d'un règlement est une obligation distincte de celle de s'abstenir de recourir à des mesures internes susceptibles d'en altérer l'application. En conséquence, si l'application de l'article 108 bis § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 doit être écartée en ce qu'il comprend des mesures qui modifient la portée du règlement, il n'y a en revanche pas lieu d'en écarter l'application en ce qu'il désigne l'IBPT comme autorité compétente pour contrôler l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale.

1 2 -05- 2006

13. Il ressort de ce qui précède que l'IBPT était habilité à imposer au jour de la décision attaquée, des modifications de l'offre de référence. Le moyen de nullité présenté par Belgacom est rejeté.

La circonstance que la décision porte sur le projet d'offre de référence qui a été soumis à l'IBPT dans le délai fixé par l'article 108 bis § 1^{er} de la loi du 2 janvier 2001 dont l'application est écartée par la cour dans la mesure précisée ci-avant, ne rend évidemment pas cette décision caduque dès lors qu'en application du règlement n° 2887/2000, Belgacom a l'obligation de tenir son offre à jour et ce, sous le contrôle de l'IBPT et que cette obligation est permanente.

B. Sur les questions de procédure**a) Sur le moyen présenté par l'IBPT, tiré du défaut de production par Belgacom d'éléments permettant à la cour d'exercer son pouvoir de pleine juridiction**

14. L'IBPT invite la cour à déclarer le recours de Belgacom non fondé à défaut pour Belgacom de produire des éléments précis et concrets qui permettraient de modifier la décision attaquée dans un sens déterminé, ce qui mettrait la cour dans l'incapacité de substituer sa propre décision à celle de l'IBPT.

15. Le moyen doit être rejeté en ce qu'il vise sans distinction l'ensemble des griefs formulés par Belgacom à l'encontre de la décision attaquée et repose sur la prémisse que la cour est habilitée à réformer en tous points la décision attaquée.

Il appartient à la cour de déterminer, pour chacun des griefs pris séparément, si elle doit se limiter à un contrôle de la légalité de la décision attaquée ou si elle est habilitée à substituer son appréciation à celle de l'IBPT.

En effet, lorsqu'une disposition communautaire laisse aux autorités nationales chargées de la mettre en œuvre une liberté d'appréciation, le juge ne saurait, en contrôlant la légalité de l'exercice d'une telle liberté, substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente. Il doit se limiter à examiner si celle-ci n'a pas commis une erreur manifeste ou un détournement de pouvoir (Comp. Cour de Justice, arrêt du 17 octobre 1995, The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food e.a. C-44/94, Rec. p. I-3115, point 57).

La latitude dont dispose la cour dépend donc de la liberté d'appréciation laissée à l'IBPT par le règlement n° 2887/2000 pour sa mise en œuvre.

b) Sur le moyen de nullité de la décision attaquée, présenté par Belgacom, relatif au défaut d'audition préalable

16. Belgacom reproche à l'IBPT d'avoir adopté sa décision sans lui avoir donné l'occasion de formuler des observations et d'avoir ainsi méconnu l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut

12 -05- 2006

du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belge qui dispose que « *le Conseil (de l'Institut) offre à toute personne directement et personnellement concernée par une décision la possibilité d'être entendue au préalable* ».

Le moyen manque en fait.

Il résulte des pièces du dossier que Belgacom a eu l'occasion de faire valoir son point de vue sur le projet de décision qui lui avait été communiqué et qu'elle a fait usage de cette possibilité en formulant des observations par lettre du 19 décembre 2003.

Le délai imparti par l'IBPT à Belgacom et aux autres opérateurs pour faire valoir leurs observations sur le projet de décision, publié le 15 décembre 2003, était extrêmement court vu le volume du document. Cependant, la cour relève que Belgacom n'a sollicité une prolongation de ce délai que de quelques heures, ce qui lui fut accordé.

Par ailleurs, le fait que l'IBPT a rejeté les explications fournies par Belgacom pour justifier son offre de référence sans avancer de justification ne saurait fonder la constatation d'une violation par l'IBPT de la disposition légale précitée.

C. Sur les règles régissant l'intervention de l'IBPT

a) La délimitation des pouvoirs de l'IBPT est fonction de l'objet de l'offre de référence

12 -05- 2006

17. Il résulte du règlement n° 2887/2000 que l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes qu'il appartient aux opérateurs notifiés de publier est le document par lequel les opérateurs notifiés fournissent aux tiers des informations sur les conditions auxquelles ils fournissent l'accès dégroupé à leur boucle locale, qui doit inclure au minimum les éléments énumérés dans l'annexe du règlement.

La publication d'une offre de référence est le moyen choisi par le législateur européen pour faciliter la négociation sur une base commerciale d'accords particuliers sur les aspects techniques et tarifaires de l'accès à la boucle locale dans le respect du droit communautaire.

18. L'IBPT ne peut donc exercer son pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence pour imposer à Belgacom des

obligations qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet de la négociation entre Belgacom et les opérateurs titulaires d'un droit à l'accès dégroupé aux boucles locales métalliques devant mener à la conclusion d'accords particuliers.

19. Par ailleurs, la mission de l'IBPT consiste à contrôler la conformité de l'offre de référence avec les obligations qui pèsent sur l'opérateur notifié en vertu du règlement, de manière à leur donner effet.

L'IPPT doit notamment vérifier si l'offre de référence inclut les éléments énumérés dans l'annexe du règlement et est suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources du réseau qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services.

Sa tâche consiste également à examiner si l'opérateur notifié garantit des conditions et une qualité identiques à celles qu'il applique pour ses propres services ou pour les entreprises qui lui sont associées et à vérifier si les tarifs offerts sont transparents, non discriminatoires et équitables et - aussi longtemps que le marché n'est pas concurrentiel-, s'ils sont orientés en fonction des coûts.

Les modifications de l'offre de référence que l'IBPT peut imposer à l'opérateur notifié doivent donc logiquement être fondées sur la constatation d'une absence de conformité de l'offre de référence avec lesdites obligations en tenant compte de la portée générale de l'offre de référence qui vise des situations déterminées objectivement.

Le pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence ne saurait en revanche être utilisé dans le but d'anticiper des comportements constitutifs d'abus de position dominante que pourrait commettre l'opérateur puissant sur le marché. Comme l'indique Belgacom, la prise en compte d'un simple risque d'abus de position dominante à l'occasion du contrôle de l'offre de référence que l'IBPT doit effectuer, reviendrait à exprimer à l'encontre de l'opérateur notifié un préjugé défavorable en anticipant de façon inappropriée sur les comportements qu'il pourrait être tenté d'adopter et sur l'absence de justification de tels comportements, ce qui ne saurait fonder légalement une intervention de l'IBPT dans le cadre de l'offre de référence.

b) Absence d'obligation dans le chef de Belgacom de motiver son offre de référence

20. Il résulte de la décision attaquée que l'IBPT a décidé de rejeter

12 -05- 2006

l'offre de référence sur certains points au motif qu'elle constituait une modification par rapport aux offres de référence pour les années précédentes et que Belgacom n'avait pas fourni d'explications pour justifier les conditions nouvelles.

De tels motifs ne sont pas, en eux-mêmes, de nature à justifier le rejet des conditions de l'offre de référence de Belgacom ni leur remplacement par les conditions reprises dans l'offre de référence pour l'année précédente, arrêtées par l'Institut.

Ils ne disent rien sur les raisons pour lesquelles l'IBPT considère que les conditions offertes par Belgacom enfreignent les dispositions du règlement et révèlent au contraire que l'IBPT n'a pas procédé à sa propre analyse des conditions offertes.

Or, il appartient à l'IBPT de justifier à **suffisance de droit** que les modifications qu'il impose sont **justifiées**, et il ne peut s'abstenir de **procéder à un examen des conditions offertes** et de rendre compte des **conclusions auxquelles il arrive sur la base** de cet examen, au **seul motif que ces conditions diffèrent** des conditions antérieurement proposées par Belgacom sans que Belgacom n'ait motivé ce changement.

Par ailleurs, aucune disposition légale ne met à charge de Belgacom une obligation de motiver son offre de référence. S'il lui appartient de fournir tous les éléments utiles de nature à démontrer que sa tarification respecte le principe de l'orientation en fonction des coûts et de répondre à toute demande d'informations et explications complémentaires qui serait formulée par l'Institut, elle n'a en revanche pas d'obligation de motiver son offre au moment où elle soumet celle-ci au contrôle de l'IBPT.

L'article 14 § 2 de la loi du 17 janvier 2003 confère, comme antérieurement l'article 79 bis de la loi du 21 mars 1991, à l'IBPT le pouvoir de requérir de Belgacom toute information utile pour exercer son contrôle.

c) Sur la règle de l'orientation des tarifs sur les coûts

21. Aux termes de l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 2887/2000, les tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale doivent être fondés sur les coûts réels.

Le onzième considérant du règlement n° 2887/2000 donne les précisions suivantes sur les règles en matière d'évaluation des coûts et de tarification :

12 -05- 2006

«En ce qui concerne la boucle locale et les ressources connexes, les règles d'évaluation des coûts et de tarification devraient être transparentes, non discriminatoires et objectives, de manière à garantir l'équité. Les règles de tarification devraient permettre au fournisseur de la boucle locale de couvrir les coûts y afférents tout en retirant de l'opération une rémunération raisonnable afin d'assurer le développement à long terme et la modernisation de l'infrastructure locale d'accès. Les règles de tarification applicables à la boucle locale devraient promouvoir une concurrence loyale et durable en tenant compte de la nécessité d'investir dans de nouvelles infrastructures et permettre d'éviter toute distorsion de la concurrence et, notamment, tout amenuisement des marges entre les prix de gros et de détail des services de l'opérateur notifié. A cet égard, il est jugé important que les autorités de la concurrence soient consultées. »

La réglementation sectorielle communautaire confirme en ce qui concerne les opérateurs notifiés puissants, la nécessité d'un rééquilibrage des tarifs en fonction des coûts réels, par type de prestations et la nécessité de pouvoir identifier tous les éléments de dépenses et de recettes liées à la fourniture de réseaux et de justifier entièrement les tarifs (voir notamment, la directive 2002/19/CE (directive accès), considérant 20). L'objectif des obligations de transparence est notamment d'assurer une offre suffisamment détaillée pour garantir que les entreprises ne soient pas tenues de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé (directive accès, article 9, paragraphe 2).

12 -05- 2006

C'est donc sans justification légale que l'IBPT soutient que le respect de cette règle doit être envisagé « *de manière globale, au regard de l'ensemble des frais et de l'ensemble des recettes découlant de l'accès dégroupé à la boucle locale* » et qu'il appartiendrait à Belgacom de justifier son recours en démontrant « *que, globalement, ses coûts seraient supérieurs à ses recettes* ».

L'instauration de conditions égales de concurrence pour les différents opérateurs de télécommunications désirant offrir des services de communications électroniques, tels que des services multimédias à large bande et l'Internet à haut débit suppose une structure de coûts objective et transparente, fondée sur les coûts réels. Elle ne permet pas de fixer les coûts liés à la fourniture d'accès de manière forfaitaire et imprécise, sans effectuer un calcul spécifique.

D. Sur les différentes modifications de l'offre imposées par la décision attaquée et critiquées par Belgacom

- a) Les modifications fondées sur l'interdiction faite par l'IBPT à Belgacom de subordonner l'accès à l'utilisation effective de la ligne (Offre de référence, Document Principal, points 1.2.7, 1.2.8 et point 124, page 33 ; Décision attaquée, Chapitre II, 3, n° 3, page 7 et n° 34, page 11)

22. Belgacom renonce aux griefs invoqués sur ce point.

- b) Sur l'obligation faite à Belgacom de supporter les frais liés à l'étude de faisabilité réalisée pour un opérateur lorsque cette étude conduit à la conclusion que la demande ne peut être satisfaite

23. L'offre de référence de Belgacom prévoit qu'une rémunération est due pour le service consistant à étudier la possibilité sur le plan technique de fournir l'accès demandé, appelé « *Inquiry* ». ("Examination of whether a Raw Copper can be provided", page 22, point 82; "Shared Pair Service can be provided", page 31, point 115).

1 2 -05- 2006

Il y est précisé que cette rémunération n'est pas due si la demande est suivie d'une commande dans les 15 jours (« *Inquiry fee (...) not to be paid if the inquiry is followed by a request* »), clause que l'IBPT avait imposé à Belgacom d'insérer dans son offre de référence pour l'année 2002 et qui n'est pas en discussion dans la présente affaire.

L'IBPT a imposé à Belgacom l'ajout des mots « *the inquiry gives a negative result or if a positive result of* » après « *not to be paid* » (Décision attaquée, Chapitre II, 3, n° 16, page 9 et n° 30, page 11) ce qui signifie qu'il a imposé à Belgacom l'obligation de supporter les frais engagés si l'étude conduit à la conclusion que la demande ne peut être satisfaite. Il a par ailleurs imposé un délai d'un mois à Belgacom (Chapitre 10, page 43).

Cette décision est motivée comme suit : « *En effet, une demande effective ne peut être faite que si le résultat de l'Inquiry est positif* ».

L'IBPT expose que l'examen par Belgacom d'une demande visant à obtenir le dégroupage d'une paire consiste à vérifier sur son site si une paire est disponible, à indiquer si la fourniture de l'accès est possible et à décrire les travaux nécessaires pour le fournir.

Il considère qu'il serait déraisonnable de faire supporter les frais de cet examen par le demandeur d'accès dans l'hypothèse où l'étude fait apparaître que des travaux ne sont pas possibles, puisque, par hypothèse, l'opérateur alternatif ne pourra pas obtenir l'accès, en invoquant pour motif supplémentaire *« qu'il s'agit d'éviter que Belgacom ne donne systématiquement des réponses négatives à des demandes d'accès, en faisant payer les frais d'étude, alors que les opérateurs alternatifs n'ont aucune possibilité de contrôle sur l'étude réalisée par Belgacom et sur les résultats obtenus »* (conclusions de synthèse du 29 septembre 2004, page 22).

Il ajoute que l'intérêt de la discussion est dérisoire vu que l'Inquiry est pratiquement toujours positif.

Enfin, selon l'IBPT, le principe de l'orientation sur les coûts doit être envisagé de manière globale.

24. Belgacom critique à bon droit cette décision en faisant valoir son droit à une rémunération raisonnable de ses prestations.

Pour les motifs exposés plus haut (point 19), la crainte exprimée par l'IBPT que Belgacom soit tentée d'abuser de sa position en délivrant sans la moindre raison objective des études négatives ne saurait légalement justifier une interdiction pour Belgacom d'appliquer pour les études un tarif qui, au minimum, couvre ses coûts.

L'IBPT ne conteste pas que pareille étude emporte des coûts que Belgacom expose pour pouvoir respecter son obligation de fournir l'accès à sa boucle locale et qu'elle ne tire de la prestation en cause aucune recette.

La décision est également illégale en ce qu'elle repose sur la thèse selon laquelle la règle de l'orientation sur les coûts devrait être envisagée de manière globale, pour les motifs exposés plus haut (point 21).

C'est donc à bon droit que Belgacom fait valoir qu'elle n'a pas à supporter les coûts qui sont la suite directe de son obligation de fournir l'accès.

c) Sur les modifications relatives aux conditions engageant la responsabilité de Belgacom

25. Belgacom renonce aux griefs formulés à l'encontre des modifications imposées sur ce point.

d) Sur les modifications relatives aux modalités de la gestion des commandes

- **l'obligation de Belgacom de vérifier l'adresse de l'utilisateur final**

26. La décision attaquée impose à Belgacom de remédier elle-même aux lacunes, erreurs ou insuffisances de la demande, en rectifiant d'initiative l'adresse du client, utilisateur final, qui serait fournie par le bénéficiaire, si celle-ci est incorrecte ou incomplète, lorsque la demande indique le numéro d'appel du client (Décision attaquée, Chapitre II, 3, n° 14, page 8 in fine : « adres : optional if CID is given and incorrect : corrections/suggestions will be given by Belgacom. »)

Cette décision est motivée comme suit : « *Le cadre est cohérent, et il y a toujours la bonne donnée possible. Même si le CID a trait à plusieurs adresses, le système permet de donner les diverses adresses possibles en vue que le demandeur bénéficiaire puisse sélectionner la bonne.* »

L'IBPT indique que grâce au numéro d'appel du client, fourni par le bénéficiaire sous sa propre responsabilité, Belgacom peut retrouver sans difficulté l'adresse de l'utilisateur en consultant son site, et qu'il serait déraisonnable d'admettre le rejet d'une demande en cas d'adresse incorrecte lorsque le numéro indiqué est correct.

Il relève que lorsque le bénéficiaire se borne à indiquer le n° de téléphone de l'utilisateur final, la commande est acceptée.

27. Comme l'indique Belgacom, il incombe à l'opérateur alternatif de vérifier, avant de passer commande, l'exactitude des données qu'elle contient.

Il n'y a donc pas lieu de faire peser sur Belgacom l'obligation d'inviter le bénéficiaire à sélectionner la bonne adresse parmi plusieurs adresses possibles lorsqu'elle constate que l'adresse fournie n'est pas correcte.

L'IBPT reconnaît que le bénéficiaire est en mesure de rechercher facilement l'adresse exacte du lieu de l'intervention, en interrogeant son client ou en consultant les systèmes de renseignements accessibles à tous. Belgacom a en outre développé un outil *web tool* qui permet aux opérateurs d'introduire leur commande de manière à éviter tout risque d'erreur dans l'hypothèse où ils fournissent non seulement le numéro de téléphone mais également l'adresse, outil qui est en cours d'automatisation.

On ne voit dès lors pas la raison pour laquelle Belgacom devrait supporter une charge administrative qui relève de la relation contractuelle du bénéficiaire avec son propre client.

En outre, l'IBPT n'explique pas pour quel motif Belgacom devrait automatiquement considérer que le numéro d'appel donné est correct lorsqu'elle constate que le numéro indiqué ne correspond pas à l'adresse donnée, plutôt que l'inverse. Contrairement à ce qu'il indique, l'offre de référence ne précise nullement que lorsque le bénéficiaire fournit le numéro de téléphone et l'adresse, celui-ci serait responsable de l'exactitude du n° d'appel donné.

Enfin, comme indiqué plus haut, s'il va de soi que le caractère correct ou incorrect d'une adresse ne relève pas d'une approche subjective ou discrétionnaire et que Belgacom ne peut donc poser des exigences déraisonnables sur la manière d'indiquer une adresse, les conditions prévues dans l'offre de référence n'ont cependant pas pour objet de prévenir tout risque d'abus de l'opérateur puissant.

Le recours en annulation est donc fondé sur ce point.

- **L'obligation de tenir en suspens une commande pendant 10 jours en attendant que le demandeur fasse connaître sa volonté de procéder ou non aux travaux d'adaptation nécessaires pour permettre la mise en service de la paire dégroupée au profit du bénéficiaire (« SNA »)**

28. L'offre de référence de Belgacom énonce que le bénéficiaire doit indiquer dans le formulaire de commande s'il accepte d'emblée l'exécution de travaux accessoires (Small Network Adaptation ou « SNA »), au cas où ces travaux seraient nécessaires pour satisfaire sa demande. Suivant l'interprétation qui en est donnée par Belgacom, non contestée par l'IBPT, elle prévoit également que lorsque ces travaux s'avèrent nécessaires et que le bénéficiaire n'a pas donné à l'avance l'autorisation de les effectuer, la commande est rejetée. Le traitement par Belgacom d'une commande n'est donc pas

12 -05- 2006

subordonné à une acceptation préalable de supporter les coûts des petits travaux d'adaptation (Offre de référence, point 91, page 25).

Le prix du SNA est fixé forfaitairement à 540,46 €.

29. L'IBPT a imposé à Belgacom l'obligation d'offrir au bénéficiaire la possibilité d'indiquer s'il accepte qu'il soit procédé à des 'petits travaux d'adaptation du réseau' (Small Network Adaptation ou SNA) et, dans tous les cas, l'obligation de tenir en suspens une commande pour permettre au bénéficiaire de décider s'il confirme sa commande après avoir été informé de la nécessité de procéder à ces travaux. Le délai est fixé à 10 jours ouvrables.

Cette décision est motivée comme suit :

« Cette notion de SNA se doit d'être souple dans le chef de l'information au bénéficiaire et de l'acceptation de la demande par le bénéficiaire. A cet effet, l'Institut considère qu'une acceptation ex ante du bénéficiaire ne peut être exigée par Belgacom. Au contraire, dans un but de non-discrimination, car Belgacom dispose pour ses propres services de la même latitude de décision et de la même possibilité d'information, l'Institut considère que le bénéficiaire doit être informé clairement de la nécessité de SNA, et doit recevoir un temps de décision pour confirmer sa demande, le cas échéant. Ce temps a été fixé par L'institut à 10 jours ouvrables. De plus, dans un cadre d'orientation sur les coûts, il ne saurait faire de doute qu'un SNA ne peut être facturé par Belgacom que si ce SNA a effectivement été effectué (il peut en effet arriver que le personnel technique de Belgacom, lors de l'exécution du travail de mise en service de la paire dégroupée, trouve une solution qui n'exige pas de SNA). De plus, dans ce même esprit, la facturation ne peut se faire qu'au prorata des paires effectivement dégroupées. En effet, les autres paires sont à la disposition de Belgacom, et, le cas échéant, d'autres demandes de dégroupages » (Décision attaquée, Chapitre II, 3, n° 22, pages 9 et 10).

12 -05- 2006

30. Belgacom critique à juste titre cette décision en ce qu'elle oblige Belgacom à tenir en suspens une commande, durant 10 jours, pour permettre au bénéficiaire de prendre une décision sur l'exécution des travaux nécessaires pour lui fournir l'accès demandé.

Elle fait valoir que cette décision l'oblige à modifier son système de commande qui est automatisé, qu'elle lui cause une surcharge de gestion administrative sans justification objective ni avantage réel pour l'opérateur alternatif, arguments qu'elle avait développés dans sa lettre du 19 décembre 2003 à l'Institut (point 4).

En effet, en cas de rejet d'une commande au motif que Belgacom ne dispose pas de l'autorisation d'effectuer les travaux nécessaires alors que ces travaux s'avèrent nécessaires, il suffit au bénéficiaire d'introduire une nouvelle commande en marquant son accord sur l'exécution des travaux, ce qui peut se faire très rapidement vu le caractère automatisé du système de commande.

On ne voit dès lors pas l'avantage concret que présenterait pour les bénéficiaires l'obligation faite à Belgacom de tenir leur commande en suspens dès lors que toute nouvelle commande doit être validée par Belgacom dans les deux jours et exécutée dans un délai de cinq jours.

Par ailleurs, l'opérateur alternatif qui souhaite être informé des travaux que nécessiterait une demande éventuelle, peut toujours avant de passer commande, avoir recours à la procédure d'Inquiry.

Tant l'IBPT que Belgacom indiquent que le prix du SNA est forfaitaire, point qui n'est pas en discussion. La décision que doit prendre le bénéficiaire d'accepter ou non le coût relatif au SNA ne dépend pas de l'ampleur des travaux et de leurs coûts réels, de sorte qu'il y a lieu de conclure que le bénéficiaire est en mesure de décider, au jour de la commande, en fonction de la clientèle qu'il vise et de sa stratégie commerciale, s'il supporte les coûts liés aux travaux nécessaires à la fourniture d'accès.

Il résulte enfin des éléments du dossier que les opérateurs alternatifs ont marqué leur accord sur la procédure de commande prévue dans l'offre de référence de Belgacom (Dossier IBPT, pièce 21.4, Commentaires on Bruo 2004 Main Body, page 2).

Le recours en annulation est donc fondé sur ce point.

- **L'obligation imposée de fournir en une fois toutes les raisons d'ordre technique ou administratif pour lesquelles une commande ne peut être exécutée (offre de référence, pages 27 et 28, point 101)**

31. Belgacom renonce à critiquer la décision attaquée sur ce point.

- e) l'obligation faite à Belgacom de consulter l'IBPT avant de procéder à la fermeture d'un accès

32. Belgacom renonce à critiquer la décision attaquée sur ce point.

f) Modifications relatives aux modalités d'exécution des migrations

33. La décision attaquée rejette les modifications apportées par rapport à l'offre de référence pour l'année civile 2003 telle que modifiée suite à la décision de l'Institut du 18 mars 2003, sauf en ce qui concerne le point 2, au seul motif que Belgacom ne donne pas les raisons pour lesquelles elle s'écarte de l'offre précédente (décision attaquée, page 20, point 17.1).

En application de cette décision, Belgacom se voit imposer l'obligation de réutiliser les infrastructures existantes.

La durée d'interruption du service est fixée à maximum 40 minutes.

Belgacom doit être en mesure de réaliser 6000 migrations par mois et par bénéficiaire.

Elle doit par ailleurs être en mesure d'effectuer 9000 migrations par mois tous bénéficiaires confondus.

34. L'IBPT expose que l'opération de migration, qui consiste à mettre hors service la connexion dans le réseau local entre l'utilisateur et un opérateur et à réaliser la connexion dans le réseau local entre l'utilisateur et l'opérateur de son choix, est assez simple à réaliser et qu'une interruption de **service de 40 minutes** est raisonnable, indépendamment de la **durée totale de l'intervention**.

Les chiffres de migrations **sont basés**, suivant l'IBPT, sur le rythme actuel auquel Belgacom **effectue les raccordements** pour ses propres abonnés (offres retail).

Il précise que ces chiffres **visent les demandes groupées**, et non les demandes ligne par ligne.

Selon l'IBPT, ces mesures ont pour objet d'éviter que Belgacom satisfasse en priorité **les demandes** de ses propres clients en procédant à des **raccordements liés à ses offres retail** et **néglige les demandes des opérateurs concurrents**.

35. Pour les motifs indiqués plus haut (point 20), il n'appartenait pas à Belgacom de justifier **pourquoi elle s'écartait** pour l'année 2004, des **règles en matière de migrations reprises** dans l'offre de référence publiée pour les années antérieures, mais bien à l'IBPT de justifier, en droit comme en fait, les modifications imposées.

12 -05- 2006

Or la décision attaquée n'indique pas les raisons pour lesquelles l'IBPT a estimé devoir imposer les modifications en cause. Elle ne contient aucune référence aux décisions antérieures de l'IBPT sur ce point, qui font l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat.

En outre, l'IBPT ne justifie pas non plus sa décision devant la cour.

Il est apparu des explications fournies par les parties que la durée d'interruption des services provoquée par les migrations ne dépend nullement de manière exclusive de Belgacom dès lors qu'il lui est imposé de réutiliser les infrastructures existantes et que l'opération nécessite une coordination des opérations devant être effectuées en différents lieux impliquant parfois le déplacement d'un technicien chez l'utilisateur final et, dans tous les cas, une connexion au réseau du bénéficiaire que seul ce dernier peut réaliser.

L'IBPT ne peut donc imposer sur ce point une obligation de résultat.

Il en va de même du nombre de migrations à réaliser par mois et par bénéficiaire, imposé par l'IBPT, qui contrairement à ce que l'IBPT prétend, n'est pas fonction de la nature des commandes. Il est apparu des débats que le rythme imposé est excessif lorsqu'il s'agit de demandes de migrations ligne par ligne - ce que l'IBPT admet, alors que ce rythme peut être respecté lorsqu'il s'agit de réaliser un ensemble de migrations dans le cadre d'une même demande.

Enfin, la justification selon laquelle il s'agirait d'éviter que Belgacom satisfasse en priorité les demandes de ses propres clients, ne peut être acceptée pour les motifs exposés au point 19 du présent arrêt, et ce d'autant moins que des délais doivent être respectés par Belgacom pour l'exécution des commandes, qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que la manière dont Belgacom réalise les demandes auraient fait l'objet de plaintes et que l'IBPT reconnaît qu'en cas d'une demande portant sur un nombre très important de migrations, des discussions doivent être menées entre Belgacom et l'opérateur alternatif pour planifier son exécution.

En ce qui concerne le nombre total de migrations à réaliser tous opérateurs confondus, il suffit de constater que cette exigence sort du cadre de l'offre de référence dont le seul objet est de fixer le cadre des négociations devant mener à des contrats particuliers et que l'IBPT n'est donc pas habilité à imposer des obligations qui ne trouvent pas leur place dans des contrats particuliers (supra, points 17 et 18).

Le recours en annulation est donc fondé sur ce point.

1 2 -05- 2006

g) L'obligation mise à charge de Belgacom de mettre hors d'usage certaines technologies (Décision attaquée, chapitre 5, point 2, page 23)

36. L'IBPT a imposé à Belgacom l'obligation de lui soumettre, dans les trente jours de la décision attaquée, une proposition concrète portant sur :

- la mise hors d'usage des technologies HDB3 et HDSL-2B1Q pour le 20 décembre 2006.

- l'arrêt de la mise en service de nouveaux systèmes HDSL 2B1Q pour le mois de septembre 2004.

Dans le cadre du contrôle qu'il a exercé de l'offre BRUO 2003, l'IBPT avait déjà enjoint à Belgacom de formuler des propositions concrètes pour la réduction de ces technologies. Cette décision fait également l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

Cette décision est motivée par la considération que ces technologies sont fortement perturbatrices et obsolètes. Il est également fait état de l'interdiction faite par l'IBPT aux bénéficiaires d'utiliser une technologie basée sur ces systèmes, de l'engagement pris par Belgacom de ne plus déployer de nouveaux systèmes HDB3 et de la très faible progression du nombre de systèmes HDSL 2B1Q.

L'IBPT expose que le signal HDSL véhiculé par une paire perturbe dans certains cas les paires voisines ADSL ou SDSL, au détriment des bénéficiaires de l'offre BRUO.

12 -05- 2006

37. L'offre de référence de Belgacom ne contenait aucun engagement en ce qui concerne la mise hors d'usage de certaines technologies et la décision n'a fait l'objet d'aucune discussion préalable.

Par ailleurs, comme indiqué plus haut (points 17 et 18), l'IBPT n'est pas habilitée à imposer à l'opérateur notifié, dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur l'offre de référence, des obligations qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet des contrats particuliers.

En outre, il résulte de la décision que selon les informations recueillies par l'IBPT, le nombre de paires exploitées par Belgacom en technologies HDB3 et HDSL-2B1Q est relativement faible et que le risque qu'une demande de dégroupage soit rejetée pour une raison liée au fait de la présence de ces paires est très faible et qu'il ne s'est pas encore produit.

Comme l'indique Belgacom, la simple potentialité de perturbations ne suffit pas à fonder la décision.

L'obligation imposée va au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir l'accès dégroupé et l'absence de perturbations par le signal HDSL des signaux véhiculés par les paires voisines.

Selon le considérant 11 du règlement, les règles de tarification doivent permettre au fournisseur de la boucle locale de couvrir les coûts y afférents tout en retirant de l'opération une rémunération raisonnable afin d'assurer le développement à long terme et la modernisation de l'infrastructure locale d'accès. Il ne s'en déduit pas que l'IBPT serait habilité, à l'occasion de son contrôle de l'offre de référence, à déterminer en lieu et place de l'opérateur notifié les investissements nécessaires à cette modernisation et à lui imposer de prendre à son égard l'engagement de les réaliser dans un certain délai.

L'IBPT ne conteste d'ailleurs pas que Belgacom remplace progressivement ces technologies par des technologies moins perturbatrices, en fonction de la demande réelle.

Le recours en annulation est donc fondé sur ce point.

h) La décision de modifier le service de base (BASIC SLA) avec annonce d'une modification ultérieure du service amélioré (Improved SLA)

12 -05- 2006

- sur le caractère prématuré de la décision d'imposer des modifications au BASIC SLA

38. L'offre BRUO de Belgacom contient des clauses relatives au niveau de service standard (Service Level Agreement ou SLA) que Belgacom s'engage à atteindre dans la fourniture des services concernés par l'offre de référence, qui portent notamment sur les délais d'exécution ou de réparation, et qui fixent le montant des pénalités dues par Belgacom à l'opérateur alternatif en cas d'inexécution.

L'offre de référence de Belgacom comprend également un document (annexe G 3 « Improved Service Level Agreement and Shared Pair ») traitant du niveau de qualité supérieur.

L'IBPT a décidé de traiter ce dernier document dans une décision ultérieure.

Il a imposé plusieurs modifications de l'offre de Belgacom quant au niveau de qualité de base, qui sont critiquées par Belgacom (Décision attaquée, points 3 et 4, pp 30 et s., et 34 et s.).

Il a par ailleurs enjoint à Belgacom, dans l'attente de sa décision ultérieure, **de reproduire dans l'offre BRUO 2004**, le texte de l'offre BRUO 2003 **sur cette question, en invoquant** pour seul motif un souci de **veiller à une continuité sans ambiguïté** de ce cadre ISLA (décision, page 36, point 5).

39. Belgacom estime, de manière générale, que la décision de l'IBPT de lui imposer de modifier l'offre en ce qui concerne le SLA est déraisonnable dès lors que l'examen ultérieur **de l'offre en ce qui concerne l'ISLA** aura nécessairement des **répercussions** sur le SLA de sorte que l'IBPT pourrait être amené à **exiger des nouvelles modifications** en ce qui concerne le SLA.

Ce moyen doit être rejeté.

En effet, le simple risque qu'un examen ultérieur **relatif à l'ISLA puisse avoir des répercussions** sur la définition du niveau de qualité de base, ne saurait justifier une annulation de **la décision d'imposer des modifications** de l'offre en ce qui concerne le SLA.

Une analyse visant à établir l'existence probable **de telles répercussions** serait trop spéculative.

En outre, l'IBPT jouit d'une large marge d'appréciation pour déterminer s'il dispose ou non des informations nécessaires pour intervenir et sa décision de procéder à un examen séparé des documents précités, qui sont distincts, n'apparaît nullement manifestement déraisonnable.

- **sur les modifications imposées en ce qui concerne le SLA**

40. La cour relève que le rejet par l'IBPT de l'offre de référence 2004 de Belgacom en ce qui concerne le niveau de qualité supérieur, et son remplacement par le texte en vigueur pour l'année civile 2003, au motif que l'IBPT estime ne pas disposer d'informations suffisantes pour prendre position sur l'offre, n'est pas critiqué.

41. Dans sa requête, Belgacom n'a formulé aucun moyen à l'encontre des différentes modifications imposées en ce qui concerne le SLA.

1 2 -05- 2006

Dans ses conclusions additionnelles, Belgacom fait pour la première fois grief à l'IBPT de lui avoir imposé, en ce qui concerne le niveau de qualité de base, plusieurs modifications qu'elle juge arbitraires.

Elle cite pour exemples :

- les conditions imposées en ce qui concerne le produit « multiples paires » ;
- l'obligation faite à Belgacom de rapporter la preuve de ce qu'un SNA a bien été exécuté ;
- la fixation d'une pénalité au cas où une demande de réparation serait causée par son fait ;
- le choix offert à l'opérateur alternatif en ce qui concerne les compensations.

De manière générale, elle se plaint du fait que les pénalités fixées par la décision attaquée seraient sans lien objectif ni proportionnel avec le service qui y est relatif et le préjudice réellement subi.

42. Pour autant que les moyens non énoncés dans la requête d'appel soient recevables, la cour constate que la manière dont ils sont formulés ne lui permet pas de statuer.

La décision attaquée s'étend, en ce qui concerne le SLA, sur sept pages dont le texte est présenté sous la forme de colonnes et divisé en plusieurs points qui font ressortir les éléments de l'offre de référence, les modifications imposées et les motifs de la décision.

12 -05- 2006

Il appartenait à la requérante d'exposer ses moyens à l'égard de cette partie de la décision attaquée de façon suffisamment claire et précise pour permettre à la partie adverse de préparer sa défense et à la cour de statuer sur le recours.

Or, la façon dont Belgacom a présenté ses moyens, en ce qui concerne le chapitre 9 de la décision attaquée, ne répond pas à ces exigences. Elle ne fait pas ressortir de manière compréhensible les parties attaquées de la décision et la formulation des moyens est imprécise. Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

- i) L'obligation faite à Belgacom d'offrir aux opérateurs la possibilité de paiements échelonnés dans le temps pour certains prix non récurrents

43. Belgacom renonce à demander l'annulation de la décision sur ce point.

j) Grief relatif aux pénalités en cas de manquement par Belgacom à ses obligations en matière de qualité (SLA ou ISLA)

44. Belgacom renonce à demander l'annulation de la décision sur ce point.

k) La décision d'imposer à Belgacom de modifier ses tarifs (Décision attaquée, page 40 et s.)

- **La décision attaquée**

45. Trois types d'accès dégroupé à la boucle locale sont offerts par Belgacom pour permettre à ses concurrents de proposer à leurs abonnés des services identiques ou analogues à ceux que Belgacom offre à ses propres abonnés :

- « Raw Copper type 1 » : la mise à la disposition d'un opérateur alternatif d'une paire de cuivre permettant la fourniture au consommateur final des services de téléphonie ;
- « Raw Copper Type 2 » : la mise à la disposition d'un opérateur alternatif d'une paire de cuivre permettant la fourniture au consommateur final des services de téléphonie fixe et des services d'accès à Internet à haut débit ;
- « Shared Pair » : la mise à la disposition d'un opérateur alternatif d'une paire de cuivre permettant la fourniture au consommateur final des services d'accès à Internet à haut débit, Belgacom continuant à fournir le service de téléphonie (Utilisation partagée de la paire de cuivre).

Les tarifs proposés dans le projet d'offre de référence pour l'abonnement mensuel étaient les suivants :

- pour l'abonnement « Raw Copper », types 1 et 2 : 16,31 €
- pour l'abonnement « Shared Pair » : 6,52 €

Le projet d'offre de référence fixe également les tarifs non récurrents pour les prestations liées à l'obligation de fournir l'accès.

12 -05- 2006

46. Les tarifs proposés par Belgacom n'ont pas été acceptés, sauf rares exceptions, par l'IBPT qui lui a imposé de les modifier.

Les tarifs d'abonnement ont été réduits aux montants suivants :

- abonnement « Raw Copper type 1 » : 10,98 C
- abonnement « raw Copper type 2 » : 11,56 C
- abonnement « Shared Pair » : 1,69 C

La décision modifie également sensiblement les tarifs non récurrents.

La décision dans sa version publique contient une motivation succincte des conclusions auxquelles l'IBPT est arrivé et renvoie, en ce qui concerne les motifs, à un document non public qui a été communiqué à Belgacom.

Elle rappelle, en des termes généraux, les principes qui doivent guider l'action de l'Institut en ce qui concerne la tarification (décision attaquée, page 38) :

- les principes de non discrimination, de transparence et d'orientation en fonction des coûts
- la nécessité d'encourager une concurrence loyale et durable

Faisant appel à la notion de « coûts essentiels », la décision énonce que le principe de l'orientation vers les coûts ne signifie pas que Belgacom ne serait pas obligée de diminuer ses coûts et le cas échéant, de les supprimer, ou encore d'améliorer sa gestion interne pour faire en sorte que ces coûts soient réduits (point 2.3, page 39). Il en est déduit que l'IBPT peut écarter certains coûts que Belgacom dit exposer.

La décision précise qu'il est fait application de la même méthode que celle appliquée pour l'offre Bruo 2003, et que les modifications imposées ont pour effet tant une diminution de certains tarifs qu'une augmentation d'autres tarifs.

47. Par lettre du 30 septembre 2003, Belgacom a communiqué à l'IBPT des informations très détaillées relatives aux tarifs présentés dans l'offre BRUO 2004, en décrivant les prestations relatives à chaque service, leur durée, les coûts y afférents présentés comme réels, la manière dont les coûts ont été évalués, les méthodes de répartition et d'attribution des coûts entre les différents tarifs Bruo, en particulier des coûts informatiques. Ce document renvoie à son tour à d'autres documents, connus de l'IBPT, relatifs à l'analyse financière méthodologique développée pour la politique tarifaire afférente aux

1 2 -05- 2006

offres d'accès aux boucles locales du réseau de Belgacom ou à son modèle des coûts audité, qui ne sont pas produits devant la cour.

Il résulte de la lettre du 30 septembre 2003 que les tarifs proposés par Belgacom ont été fixés, tant pour l'accès à la boucle locale (Raw Copper) que pour l'accès partagé (Shared Pair), sur la base d'une même méthode fondée sur les coûts, présentés comme réels. En ce qui concerne les coûts informatiques, Belgacom a fourni des explications sur les montants retenus, les volumes estimés de lignes dégroupées, les pourcentages utilisés pour allouer ces coûts entre les différents types de prestations.

Le 17 octobre 2003, Belgacom a réagi à la demande de l'IBPT de justifier les différences entre les tarifs 2003 et 2004, en indiquant qu'elle n'avait pas d'obligation légale de justifier ses tarifs mais bien de fournir à l'IBPT toute information.

Le 27 octobre 2003, Belgacom a répondu à des demandes d'explications émanant du consultant Van Dijck, chargé par l'IBPT d'analyser les tarifs de l'offre BRUO.

Dans sa lettre du 19 décembre 2003, Belgacom a réagi à la proposition de décision en formulant une série de critiques et en invitant l'IBPT à indiquer les raisons pour lesquelles la méthodologie qu'elle utilisait avait été rejetée et à lui fournir les éléments sur lesquels l'IBPT se basait. La proposition de décision a été maintenue intégralement.

1 2 -05- 2006

- **sur le rejet par l'IBPT de la méthode utilisée par Belgacom**

48. La première critique que formule Belgacom à l'encontre de la décision est d'avoir rejeté, sans justification, la méthode utilisée par elle pour établir ses tarifs et d'avoir choisi unilatéralement une méthode différente, à savoir celle qui avait déjà été retenue par l'Institut dans sa décision relative à l'offre BRUO 2003 qui est contestée par Belgacom devant le Conseil d'Etat.

La cour constate que l'IBPT a choisi deux méthodes différentes en ce qui concerne le calcul des prix récurrents :

Il a écarté le mode d'évaluation de Belgacom en ce qui concerne le prix de l'abonnement Raw Copper pour lui préférer un mode d'évaluation fondé sur les tarifs que Belgacom applique à ses abonnés (tarifs *retail*) tout en déduisant de ces tarifs tous les coûts que Belgacom n'a pas à supporter lorsque l'utilisateur final fait appel à un opérateur alternatif, comme ceux liés à la récupération de

créances douteuses, certains coûts de facturation, les coûts commerciaux et le coût mensuel de la carte de ligne et le coût du câble reliant la carte de ligne au MDF (*Retail-minus approach*).

Le choix de cette méthode est présenté par l'Institut comme devant s'imposer « afin de veiller d'une part à ce que les nouveaux opérateurs (OLO) ne contribuent pas illégitimement au 'local access deficit' et d'autre part, de stimuler la concurrence d'une manière positive, sans que cela n'entraîne un manque à gagner pour Belgacom. »

En revanche, en ce qui concerne l'accès partagé (Shared Pair), il a appliqué la méthode 'bottom up' 'tenant compte du fait que Belgacom continue à percevoir, sans distinction de l'existence de cette utilisation supplémentaire, le rental fee 'Telephone subscription'.

49. C'est à bon droit que l'IBPT fait valoir que son rôle ne peut se borner à contrôler les chiffres avancés par Belgacom. Sa tâche est de veiller à ce que les prix, qui sont déterminants pour la structure et l'intensité de la concurrence, soient déterminés en fonction de critères objectifs, respectent les principes de transparence et d'orientation en fonction des coûts, soient suffisamment diversifiés en fonction des éléments du réseau dont l'accès est demandé et des services rendus, favorisent l'entrée sur le marché d'opérateurs efficaces et viables tout en veillant à ce que les prix permettent à Belgacom de couvrir les coûts afférents à l'accès dégroupé dans un délai raisonnable et de retirer de l'opération une rémunération raisonnable afin d'assurer le développement à long terme et la modernisation de l'infrastructure locale d'accès. L'IBPT peut donc également rejeter globalement l'approche suivie par l'opérateur puissant pour l'établissement des tarifs annoncés dans l'offre de référence.

Dans ce cas, il lui appartient de fournir de manière concrète les motifs pour lesquels il estime que la méthode de tarification proposée par l'opérateur puissant est déraisonnable ou injustifiée au regard des objectifs de la réglementation applicable et, lorsqu'il fixe lui-même les tarifs de l'offre de référence sur la base d'une autre méthode, il doit en outre justifier de manière concrète et détaillée, le choix de la méthode qu'il utilise ainsi que les critères objectifs pris en considération pour déterminer les tarifs.

Bien que très succincte, la motivation de la décision en ce qui concerne le rejet de la méthode choisie par Belgacom pour l'abonnement « Raw Copper » et l'adoption de la méthode « Retail minus », est suffisante en considération du fait que Belgacom est supposée connaître cette dernière méthode et saisir les raisons de son choix par l'IBPT au regard des obligations qui pèsent sur elle.

12 -05- 2006

En effet, Belgacom ne peut facturer à ses concurrents des prix supérieurs aux prix de détail qu'elle facture à ses propres abonnés pour les mêmes services et la marge positive qui doit exister entre les prix de détail et les prix des prestations intermédiaires doit permettre à Belgacom de couvrir les coûts spécifiques des prestations supportés en aval par Belgacom pour la fourniture de l'accès à ses abonnés. Le non respect de ces obligations entraîne la création ou l'augmentation du déficit de Belgacom et un effet de ciseau donnant lieu à une restriction de la concurrence, au détriment des nouveaux arrivants. Si les prix des prestations intermédiaires sont plus élevés que ceux que Belgacom facture à ses abonnés pour les mêmes services, ou si la marge entre les prix de détail et les prix des prestations est trop faible, les concurrents de Belgacom ne peuvent entrer en concurrence avec l'opérateur historique sur les marchés de l'accès abonnés puisqu'ils se voient obligés de proposer leurs services d'accès à perte et de compenser les pertes générées par leurs services d'accès en augmentant leurs tarifs de communications (Directive 2002/19/CE (Accès), considérant 20 ; Décision de la Commission du 21 mai 2003, Affaires COMP/C-1 :37.451, 37.578, 37.579- Deutsche Telekom, J.O. 2003 L 269/9).

L'IBPT doit donc tenir compte des prix au détail de Belgacom pour les mêmes prestations et opérer une pondération des coûts pour éviter une tarification inéquitable.

Belgacom ne formule pas de critiques quant à l'application concrète de la méthode 'Retail' pour la fixation des tarifs BRUO 2004. Elle ne conteste pas que ses prix de détail sont plus élevés que les prix fixés dans son projet d'offre de référence ni que les services sont comparables. Elle ne soutient pas que ses prix au détail sont artificiellement bas, auxquels cas il lui incomberait d'ailleurs de les augmenter dès lors qu'elle doit asseoir sa structure tarifaire sur les coûts réels, et en tout état de cause, elle ne fournit aucune information à la cour à ce sujet. Elle ne tente pas de démontrer que les tarifs imposés par l'IBPT dans le cadre de l'offre BRUO 2004 ne lui permettent pas de couvrir ses coûts à long terme et de percevoir une rémunération raisonnable de l'accès qu'elle est obligée de fournir.

Le moyen doit donc être rejeté.

- sur la répartition des coûts de réparation

50. Belgacom reproche ensuite à l'IBPT de ne pas avoir admis que Belgacom intègre les coûts de réparation d'une ligne dans le prix de l'abonnement mensuel et de l'avoir obligée, sans justification, à répartir ces coûts à concurrence de 50% respectivement dans les

1 2 -05- 2006

frais d'installation d'une part et dans l'abonnement mensuel d'autre part. Elle estime que la totalité de ces coûts doit être imputée à l'abonnement et en ordre subsidiaire, que la ventilation doit s'opérer suivant une clef de répartition 25%/75% (sa lettre du 19 décembre 2003).

Belgacom fait valoir que la nécessité de réparation peut **survenir** tout au long de la durée de l'utilisation de la ligne **et non** uniquement lors de son installation et que les inclure à **concurrence** de la moitié dans les frais d'**installation** ne correspond à **aucune** réalité économique.

51. La décision de l'IBPT est motivée comme suit : « *Les coûts de réparation à prendre en considération s'élèvent à (...) par ligne. L'Institut part de la prémisses qu'il s'agit d'une opération unique et qu'une fois l'intervention effectuée, la ligne concernée ne nécessite pas d'interventions additionnelles qui ne seraient pas couvertes par le tarif standard retail d'abonnement. Ce point de vue est contesté par Belgacom bien qu'aucune preuve décisive ne soit fournie. L'Institut décide donc, contrairement au BRUO 2003, de ne plus admettre que ces coûts soient récupérés dans leur totalité via l'abonnement, mais de les ajouter à concurrence de 50% au coût d'installation. Les autres 50% seront récupérés via le rental fee.* »

Cette motivation ne permet pas à la cour d'exercer son contrôle. Il ne résulte d'aucun élément du dossier que la ventilation opérée par l'IBPT repose sur des **statistiques** d'intervention de Belgacom permettant d'établir la **conformité** de la prémisses avancée par l'Institut avec la réalité, de sorte **qu'elle** paraît arbitraire.

En outre, une considération **générale** telle que « *la qualité des chiffres reçus de Belgacom, ainsi que leur ventilation et explication quant à leur mode d'interprétation a été de nature à obliger l'Institut et son Consultant à établir des hypothèses alternatives de travail, dans un cadre pragmatique et raisonnable* », ne peut être considérée comme une justification suffisante de l'intervention de l'IBPT qui est chargé de superviser les prix sur la base de la situation concrète de l'opérateur historique et qui a les moyens de les contrôler.

Le moyen est donc fondé.

- **sur la réduction des unités de temps d'action prises en compte par Belgacom**

52. Belgacom reproche encore à l'IBPT d'avoir réduit les unités de

1 2 -05- 2006

temps d'action qu'elle avait prises en compte pour justifier le niveau des coûts sur la base desquels elle a fixé sa proposition tarifaire.

Il résulte de la motivation de la décision attaquée dans sa partie confidentielle que l'IBPT a tout d'abord constaté que les temps d'action établis par Belgacom étaient supérieurs à ceux qui avaient été admis par l'IBPT pour l'offre BRUO 2003. Ce seul motif ne saurait justifier le rejet des temps d'action avancés par Belgacom qui font l'objet d'une note détaillée puisqu'il peut aussi bien résulter de cette note que les temps d'action pris en compte pour l'offre BRUO 2003 avaient été sous-évalués comme Belgacom l'a soutenu en répondant aux questions qui lui avaient été posées par le consultant de l'IBPT.

Par ailleurs, il résulte de la décision attaquée que l'IBPT a estimé lui-même les temps d'action pour chaque prestation. Il a jugé que les informations fournies par Belgacom n'étaient pas fiables et a déduit le manque de fiabilité de tous et chacun des temps d'action avancés par Belgacom de la seule considération que sur la base du nombre d'actions réalisées durant les seuls mois d'août et septembre 2003, on arrivait à un temps d'intervention moyen mensuel bien inférieur à celui indiqué par Belgacom.

Belgacom critique à juste titre la décision attaquée sur ce point.

L'IBPT ne conteste pas que le nombre d'activations effectuées durant les mois d'août et septembre 2003 ne correspond nullement à la moyenne mensuelle puisque les volumes enregistrés durant cette période étaient exceptionnellement élevés. Pour justifier la prise en compte de ces volumes exceptionnels plutôt que du volume mensuel moyen, il part de l'hypothèse, non vérifiée, que seul le personnel attaché de façon permanente à l'équipe CBU a réalisé ces actions alors que Belgacom indique que d'autres collaborateurs sont venus renforcer cette équipe, ce qui a logiquement une incidence sur le niveau des coûts durant cette période et n'a pas fait l'objet d'une vérification par l'IBPT. C'est donc sans justification objective que l'IBPT a écarté les informations fournies par Belgacom, qu'il a établi une tarification en prenant pour base des volumes non représentatifs de la moyenne annuelle, qu'il a considéré que l'ensemble des informations fournies par Belgacom n'étaient pas fiables et extrapolé son raisonnement à l'ensemble des tarifs, sans fonder sa décision sur des éléments susceptibles de démontrer un manque d'efficacité de Belgacom.

La décision doit donc être mise à néant en ce qu'elle fixe la tarification pour l'offre Bruo 2004 sur la base de volumes non pertinents.

1 2 -05- 2006

- sur la décision d'imposer la gratuité du « webtool inquiry »

53. Bien que sur ce point la décision attaquée ne soit pas claire, il peut se déduire de la motivation reprise dans la partie confidentielle que l'IBPT a rejeté la majoration des temps d'action pour tenir compte des coûts liés à la prise en charge des appels des opérateurs ('Helpdesk').

Or, comme l'indique Belgacom, l'IBPT ne conteste pas la réalité des coûts mais considère d'une part qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte sur la base de la considération que « *les appels (des opérateurs alternatifs) pourraient tout aussi bien être la conséquence d'une mauvaise ou lente prestation de service de la part de Belgacom* », d'autre part que le pourcentage retenu par Belgacom semble plutôt arbitraire.

Aucun de ces motifs ne saurait fonder le rejet total des coûts liés au *Helpdesk*. Le premier repose sur une pure hypothèse qui, quand bien même il n'est pas déraisonnable de penser qu'une partie des appels trouvent leur cause dans un manque de diligence de Belgacom, ne peut conduire à écarter totalement les dits coûts que Belgacom doit exposer pour offrir un système d'assistance opérationnel. Le deuxième n'indique rien quant au caractère mesuré ou excessif du pourcentage choisi, qui est susceptible de vérification.

12 -05- 2006

- sur le rejet des coûts informatiques pour le développement du service ULL

54. Selon les explications fournies par les parties, la décision attaquée impose la gratuité du « webtool inquiry ». Belgacom critique la justification qui a été donnée de cette décision en indiquant qu'elle serait motivée par la considération qu'une même décision aurait été adoptée en ce qui concerne l'offre Bruo 2003 alors que l'IBPT avait au contraire déterminé un prix pour ce service.

L'IBPT indique que la lecture faite par Belgacom de cette décision est erronée dès lors que d'autres motifs ont été avancés pour justifier la gratuité dans le document de motivation confidentielle, en citant l'avant dernier paragraphe de la page 11 de ce document, et que la référence à l'offre BRUO 2003 serait une erreur matérielle.

La cour constate que Belgacom ne répond pas à ce moyen de défense. A défaut d'avoir plus de précisions sur l'objet du débat qui est hautement technique et en l'absence de toute explication sur le fond, la cour ne peut que rejeter le moyen en déduisant de l'absence

de réponse de Belgacom que celle-ci ne fait plus l'objet de contestation sur ce point.

55. En ce qui concerne les coûts informatiques pour le développement du service ULL, la décision attaquée rejette les chiffres fournis par Belgacom, en ce qu'ils sont fondés sur une évaluation du coût IT total correspondant aux coûts informatiques CAPEX et OPEX pour l'année 2002.

Contrairement à ce que Belgacom prétend, la décision attaquée est longuement justifiée sur ce point (Document confidentiel, pages 9 à 11). Les motifs pour lesquels l'IBPT a rejeté les coûts réels avancés par Belgacom y sont exposés.

Dès lors que Belgacom ne prend pas la peine de critiquer ces motifs à la lumière des dispositions sectorielles de l'Union européenne et nationales en la matière, notamment de celles qui donnent aux ARN la tâche d'encourager l'efficacité économique des opérateurs puissants (Directive accès, précitée, considérant 20), en expliquant de manière précise en quoi la décision attaquée reposerait sur un excès de pouvoir, le moyen doit être rejeté.

- sur l'imposition d'une règle de réciprocité en ce qui concerne certaines indemnités

12 -05- 2006

56. Belgacom a inclus dans son projet d'offre de référence BRUO 2004, dans la partie relative à la tarification, des clauses selon lesquelles elle est en droit d'exiger le paiement d'une indemnité forfaitaire dans l'hypothèse où l'opérateur alternatif lui demande de modifier la date d'un rendez-vous (40,42 C) comme dans l'hypothèse où elle a effectué un déplacement infructueux en raison de l'absence, sur place, de l'opérateur alternatif ou de l'abonné de celui-ci (64,77 €), et ce quelle que soit la cause de la situation.

L'IBPT a obligé Belgacom à introduire la réciprocité en ajoutant que les mêmes montants seraient dus par Belgacom lorsque celle-ci ne respecte pas les rendez-vous pris.

Belgacom critique cette décision en faisant valoir qu'elle excède le rôle de l'IBPT qui est de contrôler les tarifs offerts par Belgacom et indique que l'IBPT n'a pas le pouvoir de lui imposer, a priori, des pénalités en prenant comme acquis que Belgacom serait tentée de modifier à sa guise les rendez-vous pour nuire à l'image de ses concurrents. Elle indique en outre que les montants fixés sont dépourvus de caractère indemnitaire dans le chef de ses concurrents dès lors que ceux-ci n'ont pas à faire intervenir un technicien pour

réaliser l'installation dans tous les cas.

Ces critiques sont partiellement fondées.

Suivant l'annexe du règlement n° 2887/2000, l'offre de référence doit contenir des précisions relatives aux conditions contractuelles types, y compris, le cas échéant, les indemnités prévues en cas de non-respect des délais.

L'IBPT peut donc veiller à ce que l'offre de référence prévoie à charge de Belgacom des indemnités forfaitaires en cas de non respect ou de modification d'un rendez-vous, situation qui peut avoir une incidence sur les délais d'exécution des demandes de fourniture de l'accès, et la cour n'a pas à juger de l'opportunité d'inclure de telles clauses dans l'offre de référence plutôt que de laisser les parties à un contrat particulier libres de négocier sur ces points de détail.

Le fait que ces clauses sont inscrites dans la partie relative à la tarification de Belgacom plutôt qu'à un autre endroit de l'offre ne modifie rien.

En revanche, la décision de l'IBPT est critiquable en ce qu'elle introduit une réciprocité de l'obligation d'indemnisation aussi bien dans le cas où l'intervention à effectuer exige la présence d'un technicien de l'opérateur alternatif que dans celui où la seule intervention de Belgacom est requise sur place. Or, dans ce second cas, les désagréments que l'opérateur alternatif et son client subissent ne peuvent être aussi importants que ceux que Belgacom subit en cas de modification d'un rendez-vous ou au cas où ses techniciens trouvent porte close. En fixant dans ce cas l'indemnité à charge de Belgacom au même montant que celui prévu à son profit, la décision est déraisonnable.

Le moyen est donc fondé en ce qui concerne les cas d'intervention qui ne requièrent pas l'intervention d'un technicien de l'opérateur alternatif.

1) grief relatif à l'obligation de publier une offre pour la fourniture de lignes louées Backhaul

57. L'accès dégroupé à la boucle locale nécessite, pour l'opérateur qui ne dispose pas de sa propre infrastructure de transmission, la fourniture par Belgacom d'une capacité de transmission à partir d'un espace de colocalisation physique.

1 2 -05- 2006

Considérant que dans ce cas, la fourniture de lignes louées Backhaul (ou capacité de transmission à partir d'un espace de colocalisation physique) constitue un service accessoire mais nécessaire de l'accès dégroupé à la boucle locale, l'IBPT a considéré que son pouvoir de contrôle de l'offre de référence BRUO s'étendait aux prix des lignes louées Backhaul qui ne seraient utilisées que dans le cadre de la mise en œuvre de l'offre BRUO.

Par la décision attaquée, l'IBPT impose à Belgacom d'inclure dans son offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale les conditions de fourniture des lignes louées nécessaires à cet accès et fixe le prix des lignes louées Backhaul fournies pour permettre l'utilisation d'une paire dégroupée, à un prix inférieur à celui qui est pratiqué par Belgacom pour les lignes louées « ordinaires » en prenant en compte le fait que certains frais ne peuvent pas être pris en considération dans le cadre de l'offre BRUO.

Il a en outre fixé le prix suivant une méthodologie qui diffère de celle proposée par Belgacom pour les lignes louées (décision attaquée, page 57).

58. Belgacom fait valoir que cette décision est dépourvue de fondement légal dès lors que les pouvoirs de l'IBPT en matière de lignes louées sont régis par l'article 106 de la loi du 21 mars 1991 et l'arrêté royal du 4 octobre 1999 fixant les conditions d'exploitation d'un service de lignes louées notamment pour les organismes puissants sur le marché, qui ne prévoient pas l'obligation pour les opérateurs puissants de publier une offre de référence.

12 -05- 2006

Ce moyen ne peut être accueilli.

En sa qualité d'opérateur notifié puissant sur le marché des lignes louées, Belgacom est soumise à l'obligation de fournir des lignes louées à d'autres organismes en offrant les mêmes conditions et la même qualité que pour ses propres services ou pour ceux de ses filiales et associés (directive 92/44/CE du 5 juin 1992 sur les lignes louées, article 8, paragraphe 2).

En outre, aux termes de l'article 3 de la directive 92/44/CE sur les lignes louées, les Etats membres assurent que les informations concernant les lignes louées et relatives notamment aux tarifs sont publiées, conformément à la présentation figurant à l'annexe I, et de manière appropriée afin que les utilisateurs y aient aisément accès.

Cette obligation de publication, résultant du principe de transparence, figure à l'article 107 de la loi du 21 mars 1991 et à l'article 19 de l'arrêté royal du 4 octobre 1999.

Le fait que l'accès dégroupé à la boucle locale et la fourniture de lignes louées fassent l'objet de dispositions et d'obligations distinctes ne fait nullement obstacle à ce que l'IBPT exige que l'offre de référence relative à l'accès dégroupé à la boucle locale comprenne également l'offre tarifaire pour la fourniture des lignes louées lorsque celle-ci est nécessaire à cet accès. Ce faisant, l'IBPT ne soumet pas la fourniture de lignes louées à des règles qui ne lui sont pas applicables.

La décision de l'IBPT d'imposer à Belgacom de compléter ainsi son offre n'est en rien déraisonnable dès lors qu'elle a pour effet d'encourager l'accès dégroupé à la boucle locale par l'utilisation de lignes louées, par la publication des conditions offertes dans l'offre de référence.

Belgacom ne conteste pas que l'opérateur qui ne dispose pas de sa propre infrastructure doit pouvoir disposer des services de lignes louées pour pouvoir offrir des services concurrentiels.

59. Belgacom Mobile critique encore la décision en ce que l'IBPT se serait écarté, pour fixer les tarifs des lignes louées Backhaul, de la méthode qu'elle a choisie pour les lignes louées en général.

Comme indiqué à l'occasion des griefs relatifs à la décision de l'IBPT de modifier certains tarifs (supra, point 49), le choix de la méthode qu'opère l'opérateur puissant ne s'impose nullement à l'IBPT.

Dès lors que Belgacom n'indique pas en quoi la méthode que l'IBPT a substituée à celle choisie par elle conduirait à un résultat déraisonnable mais se contente d'affirmer qu'elle a des conséquences financières non négligeables, il y a lieu d'écarter le moyen comme non fondé.

V. Sur la demande de Belgacom ayant pour objet d'entendre confirmer son offre de référence sur certains points

60. Cette demande qui n'est pas motivée, doit être rejetée.

Il ne résulte d'aucune disposition qu'une offre de référence sur l'accès dégroupé à la boucle locale doit être approuvée pour avoir des effets. Le pouvoir de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence n'implique pas celui de l'approuver et l'absence d'objection ne vaut pas approbation de l'offre de référence.

12 -05- 2006

Par ailleurs, l'annulation de la décision attaquée sur certains points n'équivaut pas à une décision d'approbation de l'offre de référence initiale sur les points concernés.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Dit le recours de Belgacom contre la décision du Conseil de l'IBPT du 23 décembre 2003 relative à l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale, version BRUO 2004, fondé dans la mesure ci-après :

Met cette décision à néant en ce qu'elle impose à Belgacom les modifications de l'offre de référence suivantes :

1. la modification consistant à imposer à Belgacom de supporter les frais liés au service « Inquiry » lorsque l'étude conduit à la conclusion que la demande d'accès dégroupé ne peut être satisfaite pour des raisons techniques ;
2. la modification consistant à imposer à Belgacom de remédier aux lacunes, erreurs ou insuffisances de la demande d'accès dégroupé, en rectifiant d'office l'adresse de l'utilisateur final fournie par le bénéficiaire de l'accès ;
3. la modification consistant à tenir en suspens une commande pendant 10 jours pour permettre au bénéficiaire de prendre une décision sur l'exécution des travaux « SNA » ;
4. les modifications qui consistent à rejeter les modifications apportées par Belgacom par rapport à l'offre de référence pour l'année civile 2003 en ce qui concerne les modalités d'exécution des migrations ;
5. la modification consistant à imposer à Belgacom de mettre hors d'usage certaines technologies ;
6. la modification consistant à imposer à Belgacom une ventilation des coûts de réparation d'une ligne entre les frais d'installation et l'abonnement mensuel ;

12 -05- 2006

7. les modifications relatives aux tarifs proposés par Belgacom en ce que celles-ci sont la conséquence d'une réduction par l'IBPT des unités de temps d'action prises en compte par Belgacom pour justifier le niveau des coûts ;
8. les modifications relatives aux tarifs proposés par Belgacom en ce que celles-ci sont la conséquence du rejet par l'IBPT de toute majoration des temps d'action pour tenir compte des coûts liés à la prise en charge des appels des opérateurs ;
9. les modifications liées à l'imposition d'une règle de réciprocité en ce qui concerne le droit à une indemnité forfaitaire en cas de modification de la date d'un rendez-vous ou d'un déplacement infructueux, en ce qu'elles visent également les cas où une intervention technique de l'opérateur alternatif n'est pas requise ;

Dit le recours en annulation non fondé pour le surplus ;

Rejette la demande de Belgacom en ce qu'elle tend à entendre confirmer son projet d'offre de référence ;

Met la moitié des dépens d'appel à charge de Belgacom et l'autre moitié à charge de l'IBPT ; liquide ces dépens à 186 + 57,02 + 475,96 € en ce qui concerne Belgacom et à 475,96 € en ce qui concerne l'IBPT.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 12 -05- 2006

12 -05- 2006

où étaient présents :

Martine REGOUT, Conseiller ff Président,
Christine SCHURMANS, Conseiller,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier,

P. DELGUSTE

H. MACKELBERT

Ch. SCHURMANS

M. REGOUT