

5

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2003/AR/2339

EN CAUSE DE :

R. n°: 2005/ 6540

N°: 1277

Arrêt définitif

BELGACOM, société anonyme de droit public dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 587.163,

Requérante,

Représentée par Maîtres Ludo Cornelis et Jeannine Windey, avocats à 1000 Bruxelles, rue de la Bonté, 5-7,

Plaideurs : Maîtres J. Windey et T. Hurner,

CONTRE :

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

Intimée,

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

14 -10- 2005

000

I. Antécédents de la procédure

1. Par requête déposée au greffe de la cour le 2 octobre 2003, Belgacom a formé un recours contre la décision du Conseil de l'IBPT adoptée le 3 septembre 2003 relative à l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire et intitulée : « Complément concernant

l'Avis BROBA 2003 de l'IBPT relatif aux aspects Improved Service Levels Agreement et autres précisions ».

Le texte de ce complément d'avis précise qu'il est contraignant pour Belgacom, qu'il modifie de manière effective l'offre de référence BROBA II 2003 dans sa version approuvée des 31 mars et 7 avril 2003 et que Belgacom doit adapter son offre de référence dans un délai de 10 jours ouvrables à compter de la publication de l'avis. Il y est indiqué que « *de toute manière, chacun peut lire les offres de Belgacom comme si chaque clause en question avait effectivement été modifiée, ajoutée ou supprimée dès la parution du présent complément d'avis* ».

2. Aux termes de la requête et de ses conclusions de synthèse du 2 novembre 2004, Belgacom poursuit la mise à néant de la décision attaquée.

Elle présente à titre principal un moyen de nullité de cette décision tiré de l'illégalité de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications.

A titre subsidiaire, elle demande à la cour de constater la nullité de la décision attaquée au motif que celle-ci est intervenue après l'expiration du délai prévu dans le même arrêté royal.

Belgacom Mobile demande en outre à la cour de déclarer que la décision attaquée est remplacée par la proposition 'Improved SLA BROBA' faite par Belgacom le 2 septembre 2003, telle que complétée par son courrier du 3 septembre 2003, laquelle se substitue à sa proposition initiale du 19 mars 2003.

3. Aux termes de ses conclusions déposées le 31 janvier 2005, Belgacom « *accepte de renoncer à soumettre l'entiereté du litige à la Cour, se référant à justice sur ce point* ».

Elle demande uniquement à la cour de mettre la décision attaquée à néant en ce qu'elle a pour objet d'enjoindre à Belgacom de modifier l'offre de référence BROBA 2003 et en ce qu'elle dit que, de toute manière, chacun peut lire les offres de Belgacom comme si chaque clause en question avait effectivement été modifiée, ajoutée ou supprimée dès la parution du présent complément d'avis.

4. Les parties invitent la cour à ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de plaider sur le fond dans l'hypothèse où le moyen de nullité, tiré du caractère tardif de la décision, ne serait pas retenu.

14 -10- 2005

Sur les moyens de procédure**Sur le moyen tiré du défaut d'urgence, présenté par l'IBPT**

5. L'IBPT invoque l'irrecevabilité du recours en faisant valoir le défaut d'urgence. L'Institut déduit le défaut d'urgence du fait que Belgacom aurait tardé à introduire son recours alors que, selon lui, en énonçant que la cour statue comme en référé, l'article 2, § 1^{er} de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier sur le statut du régulateur des postes et télécommunications belges, entrée en vigueur le 23 avril 2003, aurait pour effet de priver les intéressés de la possibilité d'introduire un recours s'ils n'agissent pas avec célérité.

6. Le moyen manque en droit. En précisant que la cour statue comme en référé, le législateur a entendu renforcer l'efficacité du recours, conformément à l'obligation qui pèse sur les Etats membres de mettre en place des mécanismes de recours efficaces en vertu de l'article 4 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), non introduire une cause de déchéance du droit d'agir en justice.

Sur le moyen tiré du défaut d'intérêt, présenté par l'IBPT

7. Au jour où l'affaire a été prise en délibéré, l'offre de référence de Belgacom telle qu'elle a été modifiée en exécution de la décision attaquée, était encore applicable. L'IBPT indique en effet qu'il n'a pas encore pris de décision en ce qui concerne l'offre de référence pour l'année 2004.

C'est cependant à tort que l'IBPT qui ne conteste pas que Belgacom avait un intérêt à agir au jour du dépôt de sa requête, prétend que Belgacom ne pourrait plus justifier d'un intérêt au recours dans l'hypothèse où, dans l'intervalle, la décision attaquée aurait été remplacée par une nouvelle décision de l'IBPT sur les conditions de migration et de garantie de disponibilité des positions.

8. En effet, un recours en annulation n'est pas irrecevable pour défaut d'intérêt du seul fait que la décision attaquée porte sur un acte valant pour une période déterminée qui serait écoulée au jour où la cour statue ni du seul fait que le destinataire s'y est conformé.

L'intérêt à voir annuler un acte subsiste si l'annulation totale ou partielle de celui-ci est susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences

juridiques, ce qu'on ne saurait exclure dans le cas d'un acte exécuté, ou d'un acte remplacé par un autre qui ne produit des effets que pour l'avenir.

En espèce, le recours conserve un intérêt notamment dans la mesure où une annulation de l'acte modifierait la situation juridique de Belgacom vis-à-vis de l'IBPT qui ne pourrait fonder une éventuelle constatation d'infraction sur l'acte annulé, ou encore vis-à-vis des tiers, bénéficiaires de l'offre, qui ne pourraient plus se prévaloir du caractère contraignant de l'acte annulé dans le cadre des éventuels litiges relatifs aux modalités de l'accès au débit binaire applicables pendant la période concernée par l'acte.

Contrairement à ce que prétend l'IBPT, l'annulation d'une décision de l'IBPT produit des effets rétroactifs puisqu'elle suppose la reconnaissance de son illégalité.

L'annulation pourrait en outre avoir pour effet que l'IBPT qui est lié par la décision sur le recours, renonce soit à adopter un acte identique, soit à exiger le respect d'un acte identique.

Enfin, le recours conserve également un intérêt à tout le moins comme base d'une éventuelle action en indemnité puisqu'en cas d'annulation de l'acte, Belgacom n'aurait plus à démontrer son illégalité.

L'existence éventuelle d'une action de droit commun en responsabilité ne saurait donc exclure la possibilité de contester directement devant la cour d'appel de Bruxelles la légalité d'un acte adopté par l'IBPT, sur le fondement de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des postes et télécommunications belges.

14 -10- 2005

Sur le moyen de nullité de la décision attaquée, tiré de l'illégalité des dispositions de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 relatives à l'accès à un débit binaire

9. Belgacom fait valoir que le Roi n'était pas habilité à adopter les mesures relatives aux modalités de l'accès au débit binaire introduites par l'arrêté royal du 12 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1998.

Belgacom prétend tout d'abord que l'article 16, paragraphe 4, de la directive 98/10/CE du Parlement et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) ne peut s'interpréter en ce sens que les autorités réglementaires *doivent* être dotées du pouvoir d'intervention décrit dans cette disposition, de sorte que le législateur européen aurait laissé aux Etats membres toute liberté sur ce point.

Elle déduit de cette prémisse que le Roi ne pouvait puiser dans l'article 122 de la loi du 21 mars 1991 qui l'habilite 'à prendre les mesures nécessaires pour exécuter les obligations découlant des directives', le pouvoir de doter l'IBPT du pouvoir d'intervenir dans le domaine de l'accès spécial pour fixer les conditions d'accès au débit binaire.

Belgacom fait ensuite valoir qu'à supposer même que l'article 16 de la directive fasse obligation aux Etats membres de doter l'autorité réglementaire nationale du pouvoir d'intervenir dans les relations contractuelles, le Roi n'était pas habilité à imposer les mesures particulières prévues dans l'arrêté royal du 12 décembre 2000.

Elle fait observer à cet égard que l'article 16 de la directive ne prévoit pas d'obligation pour les opérateurs puissants de publier une offre de référence et de la soumettre à l'autorité réglementaire nationale pour approbation, et déduit de cette constatation qu'il eut fallu une loi pour imposer une telle obligation. Selon Belgacom, le pouvoir accordé au Roi de prendre les mesures nécessaires pour exécuter les obligations découlant des directives ne comprend pas celui d'imposer aux opérateurs des obligations plus contraignantes que celles qui pèsent sur eux en vertu des directives.

Elle invite dès lors la cour à constater, en application de l'article 159 de la Constitution, que l'arrêté royal du 12 décembre 2000 est dépourvu de base légale, du moins en ce qui concerne les dispositions relatives à l'accès au débit binaire, de sorte que l'IBPT ne pouvait se prévaloir de ces dispositions pour rendre des avis contraignants dans ce domaine et que, partant, la décision attaquée est nulle.

10. L'article 16 paragraphe 4, de la directive 98/10/CE a pour seul objet de décrire le pouvoir d'intervention que le législateur européen entendait voir confier aux autorités nationales en ce qui concerne les modalités de l'accès spécial au réseau de sorte que les mots « *les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir* », dans cette disposition, ne peuvent s'interpréter comme ayant trait à l'existence ou à l'absence d'une obligation qui pèse sur les Etats membres d'introduire dans l'ordre juridique interne des dispositions ayant pour objet de doter leur autorité nationale de la compétence visée dans cette disposition.

Cette obligation existe en raison de l'effet contraignant des directives à l'égard des Etats membres.

Les mots « *les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir* » que l'on retrouve dans d'autres dispositions des directives en matière de télécommunications ou communications électroniques, signifient clairement que les autorités réglementaires nationales *doivent être habilitées à intervenir*.¹ Il ne peut exister aucun doute à ce sujet en ce qui concerne l'interprétation à donner au paragraphe 4 de l'article 16 de la directive 98/10/CE, puisque les premiers mots du paragraphe suivant sont

¹ CJCE, 19 décembre 2002, Affaire C-221/01, Commission/Belgique, *Recueil de jurisprudence* 2002, p. I-07835

« Les autorités réglementaires nationales sont également habilitées à intervenir ».

C'est donc à tort que Belgacom prétend qu'à la date de l'arrêté royal du 12 décembre 2000, il n'existait pas d'obligation d'introduire dans la réglementation nationale des dispositions en matière de l'accès spécial au réseau prévoyant que l'IBPT est habilité à intervenir de la manière et dans les conditions prévues à l'article 16 de la directive, et notamment, de sa propre initiative, à tout moment, lorsque cette intervention se justifie pour garantir la concurrence réelle et/ou l'interopérabilité des services, et à intervenir si l'une des parties le demande, afin de fixer des conditions qui soient non discriminatoires, équitables et raisonnables pour les deux parties et les plus avantageuses pour l'ensemble des utilisateurs.

11. L'article 16 de la directive 98/10/CE n'impose pas la publication par les opérateurs puissants d'une offre de référence pour l'accès spécial au réseau sous le contrôle des autorités réglementaires nationales.

Cette obligation ne vaut, en vertu du règlement (CE) n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 qui est d'application directe, qu'en ce qui concerne le dégroupage de l'accès à la boucle locale.

C'est cependant à tort que Belgacom déduit de l'absence de toute obligation faite aux Etats membres d'introduire une telle mesure en ce qui concerne les autres types d'accès à la boucle locale, que l'obligation de publier une offre de référence ne pouvait pas être introduite, en ce qui concerne l'accès au débit binaire, par arrêté royal en vertu de l'article 122 de la loi du 21 mars 1991.

Cette disposition énonce que le Roi prend toutes les mesures « nécessaires pour exécuter les obligations découlant des directives ». Elle implique nécessairement que le législateur a donné au pouvoir exécutif la compétence de prendre toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer le plein effet de la directive, et qu'il lui a également reconnu la liberté du choix des moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile de celle-ci.

Une des caractéristiques principales des directives est en effet que, conformément à l'article 10, premier alinéa, CE, celles-ci lient tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en lui réservant la liberté du choix des voies et moyens destinés à assurer la mise en œuvre de la directive.

Il ne peut donc être déduit de la seule circonstance que la directive ne prévoit pas la publication d'une offre de référence que le Roi était sans pouvoir de l'imposer en vue d'exécuter celle-ci et d'atteindre le résultat recherché.

12. La publication par les opérateurs puissants d'une offre de référence sous le contrôle des autorités réglementaires nationales est une mesure qui contribue à l'établissement de conditions de marché transparentes et non discriminatoires.

Elle constitue également un moyen de pallier le déséquilibre pouvant exister entre le pouvoir de négociation du nouvel arrivant et celui de l'opérateur puissant.

Il suffit à cet égard de se référer aux considérants des directives ou des règlements qui prévoient de manière explicite ou implicite une telle mesure et notamment au considérant 12 de la directive 97/33/CE du 30 juin 1997 et au considérant 12 du règlement (CE) n° 2887/2000 du 18 décembre 2000.

Or, il ressort des termes mêmes de l'article 16 de la directive 98/10/CE du 26 février 1998 que les autorités réglementaires nationales doivent être dotées d'un pouvoir d'intervention notamment dans les négociations menant à des accords sur l'accès spécial au réseau, afin de fixer des conditions qui soient non discriminatoires, équitables et raisonnables et les plus avantageuses pour l'ensemble des utilisateurs.

Belgacom se fonde sur une lecture erronée de cette disposition pour prétendre qu'elle exclut tout contrôle préalable des conditions d'accès. En vertu du paragraphe 4 de l'article 16, les autorités nationales doivent au contraire être habilitées à intervenir à tout moment, ce qui implique nécessairement qu'elles peuvent exercer un contrôle *a priori* des conditions offertes par l'opérateur puissant.

L'obligation de publier une offre de référence et de la soumettre à l'IBPT qui est chargé de veiller au respect par l'opérateur puissant des critères énoncés à l'article 6 octies de l'arrêté royal, constitue donc bien une mesure que le Roi pouvait adopter afin de contribuer à la réalisation de l'objectif de la directive.

13. Il résulte de ce qui précède qu'en adoptant une telle mesure, le Roi n'a pas excédé les limites de ses compétences et que le moyen de nullité de la décision attaquée, fondé sur la prétendue illégalité des dispositions de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatives à l'accès au débit binaire, ne peut être accueilli.

Toute autre est la question de savoir si ces dispositions, insérées par l'arrêté royal du 12 décembre 2000, qui se limitent à organiser une intervention de l'IBPT dans l'élaboration de l'offre de référence, répondent pleinement aux exigences de la directive.

Ces dispositions ne prévoient par exemple pas la possibilité pour un opérateur de saisir l'IBPT avant qu'une décision finale de refus d'accès ou de limitation d'accès ne soit prise en réponse à une demande spécifique, ou

encore la possibilité pour l'IBPT d'intervenir à tout moment à la demande d'un opérateur dans les négociations ou dans le cadre de l'exécution des contrats portant sur l'accès spécial.

Cependant, la question de savoir si la législation nationale contient d'autres dispositions qui habilitent l'IBPT à intervenir dans toutes les hypothèses envisagées par l'article 16 de la directive 98/10/CE est, à ce stade, sans pertinence.

On ne saurait en effet écarter l'application des dispositions de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatives à l'accès binaire au seul motif qu'elles seraient impropres à assurer- seules ou lues à la lumière de l'ensemble des dispositions nationales relatives aux pouvoirs de l'IBPT-, le plein effet de la directive, ni déduire de ce motif que le Roi était sans pouvoir de les adopter.

Il suffit de constater que l'obligation de publier une offre de référence et de la soumettre au contrôle de l'IBPT a été introduite en vue d'exécuter l'article 16 de la directive, qu'elle contribue à la réalisation du résultat recherché par la directive et qu'elle n'est pas contraire au droit communautaire.

Il n'est pas allégué par Belgacom que la publication d'une offre de référence pour l'accès au débit binaire serait une mesure contraire au droit communautaire. Il ressort de l'article 1^{er} du Règlement n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 que celui-ci s'applique sans préjudice du droit des Etats membres d'introduire des mesures qui ne relèvent pas de son champ d'application, et qui concerneraient d'autres types d'accès spécial au réseau. En imposant aux Etats membres l'obligation de prévoir la publication d'une offre de référence en ce qui concerne le dégroupage de l'accès à la boucle locale, le législateur européen n'a donc pas exclu l'imposition d'une offre de référence en ce qui concerne d'autres types d'accès spécial.

14 -10- 2005

Sur le moyen de nullité de la décision attaquée, tiré de l'expiration du délai imparti pour la prendre.

14. L'article 6 nonies, § 1^{er} de l'arrêté royal du 22 juin 1998 dispose que l'offre de référence est remise au plus tard le 30 septembre de chaque année à l'Institut par l'opérateur en question et que l'Institut dispose d'un délai de deux mois pour formuler ses remarques et indiquer les modifications à y apporter.

Aux termes de l'article 6 septies, § 1^{er}, alinéa 1, l'offre de référence doit être publiée au plus tard le 31 décembre de chaque année.

15. Belgacom déduit des dispositions précitées que l'IBPT est habilité à adopter en la matière une seule décision par an, au plus tard le 30 novembre de chaque année, et que ce délai est impératif.

La décision attaquée serait dès lors illégale puisqu'elle est intervenue le 3 septembre 2003, après l'expiration du délai imparti à l'IBPT pour indiquer les modifications à apporter à l'offre de référence 2003.

16. Selon l'IBPT, le délai de deux mois qui lui est imparti pour formuler ses remarques sur l'offre de référence et indiquer les modifications à apporter à l'offre serait indicatif.

L'Institut fait tout d'abord valoir que les dispositions de l'arrêté royal ne lui laissent pas une simple faculté d'examiner l'offre de référence mais l'obligent à exercer ce pouvoir de contrôle. En conséquence, en fixant un délai de deux mois, le texte n'aurait pas entendu fixer une limite impérative à l'exercice par l'IBPT de sa compétence.

La décision contestée ne constituerait en outre que « *la mise en œuvre* » de la décision de principe adoptée dans l'avis du 16 janvier 2003 qui fait obligation à Belgacom de présenter à l'Institut une offre Improved SLA et d'implémenter celle-ci, le cas échéant amendée par l'Institut, dans les délais qu'il fixe d'autorité. Belgacom ne pourrait en conséquence prétendre avoir été prise au dépourvu par cette décision.

L'Institut met encore en doute l'intérêt de Belgacom à soulever le caractère tardif de la décision. L'adoption d'un complément d'avis hors délai ne serait pas susceptible de causer un préjudice à Belgacom. Celle-ci en tirerait même un avantage dans la mesure où le travail qu'elle a accompli pour formuler l'offre complémentaire, objet de la décision attaquée, a pu servir lors de la préparation de son offre de référence pour l'année 2004.

En outre, selon l'Institut, le constat par la cour du caractère tardif de son intervention ne l'empêcherait pas d'adopter une décision identique lors de l'élaboration de l'avis relatif à l'offre de référence pour l'année 2004.

L'Institut invoque encore l'article 6 septies, 2° de l'arrêté royal du 22 juin 1998 selon lequel l'offre de référence pour l'accès à un débit binaire « *est tenue à jour* ». Se fondant sur sa compétence générale de veiller au respect des dispositions du titre III de la loi du 21 mars 1991 et de leurs arrêtés d'exécution, l'Institut pourrait donc, à tout moment et dans l'intérêt général, exiger des organismes puissants qu'ils adaptent leur offre en fonction de l'évolution du marché. Sous cet angle, la décision attaquée constituerait « *une mise à jour de l'offre principale, sur un point déterminé, en fonction des caractéristiques du marché et des attentes des différents acteurs en matière de télécommunications* ».

17. Il s'impose de distinguer, dans l'arrêté royal du 22 juin 1998, les dispositions qui créent directement des obligations dans le chef des organismes puissants, et celles qui organisent l'intervention de l'IBPT en ce qui concerne l'offre de référence.

Les obligations qui pèsent sur l'opérateur puissant de répondre aux demandes d'accès, de respecter les principes de non-discrimination, de transparence et d'orientation des prix en fonction des coûts, et de tenir l'offre à jour, ont un caractère permanent.

En conséquence, la publication d'une offre de référence, même approuvée, ne saurait avoir pour effet de dispenser l'opérateur puissant du respect de ces obligations lors de la conclusion de contrats portant sur l'accès au débit binaire ou dans le cadre de l'exécution de contrats déjà conclus.

De même, la publication d'une offre de référence, même approuvée, ne saurait limiter le pouvoir que l'IBPT peut exercer, sur le fondement de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges et dans le respect des règles de procédure -notamment des droits de la défense- de contraindre l'opérateur puissant à les respecter, pouvoir dont il disposait déjà avant l'entrée en vigueur de cette disposition² en vertu de l'article 109 quater de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Considérer que le délai de deux mois qui est imparti à l'IBPT pour exiger des modifications à l'offre de référence est un délai de rigueur ne revient donc pas à constater qu'au jour de la décision attaquée, l'IBPT n'avait aucun moyen d'exiger de Belgacom qu'elle applique d'autres conditions que celles prévues dans son offre de référence.

En l'espèce, ce n'est cependant pas sur le fondement de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 que l'IBPT a, par la décision attaquée, mis Belgacom en demeure de modifier son offre de référence et a en outre décidé que les opérateurs, bénéficiaires de l'offre, pouvaient se prévaloir à l'égard de Belgacom des modifications imposées dès la parution du complément d'avis.

18. S'agissant du pouvoir d'intervention spécifique de l'IBPT dans le cadre de l'offre de référence concernant les modalités de l'accès au débit binaire, les dispositions de l'arrêté royal du 22 juin 1998 arrêtent un calendrier précis, en fixant avant la date de prise d'effet de l'offre de référence, les dates auxquelles celle-ci doit être communiquée à l'Institut, examinée par lui et publiée en tenant compte des modifications imposées par lui.

² Les articles 1^{er} et 2, 13 à 44 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications sont entrés en vigueur le jour de la publication de l'arrêté visé à l'article 17, § 2 de cette loi, soit le 23 avril 2003.

Eu égard à la nature de l'acte soumis au contrôle de l'IBPT, et à l'objectif de ce contrôle, il y a lieu de considérer que le délai de deux mois imparti à l'IBPT pour indiquer les modifications qui doivent y être apportées est un délai impératif.

Le contrôle que doit exercer l'IBPT porte sur une proposition d'offre de référence, puisque l'offre remise à l'Institut ne produira d'effets juridiques qu'à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit celle au cours de laquelle elle doit être soumise à son approbation.

Il a pour objet l'examen préalable de la conformité des conditions techniques et commerciales que l'opérateur puissant envisage d'offrir pour l'accès au débit binaire avec les critères énoncés dans l'arrêté royal de manière à ce que les bénéficiaires de l'offre soient informés en temps utile des conditions de l'accès, en ce compris des conditions qui auraient été imposées par l'IBPT à l'opérateur au terme de cet examen.

Si l'IBPT peut à tout moment, même au-delà du délai de deux mois, notifier une décision d'approbation de l'offre de référence, ou une décision de refus d'approbation portant sur tout ou partie de l'offre, il ne saurait en revanche lui être reconnu le pouvoir de contraindre à tout moment l'opérateur puissant à apporter des modifications à l'offre de référence.

En effet, un acte par lequel l'IBPT notifie qu'il approuve l'offre de référence ou qu'il refuse de l'approuver n'est pas, par lui-même, créateur de droits ou d'obligations et il n'est pas susceptible de causer grief. Il peut donc intervenir à tout moment. En adoptant un tel acte, l'IBPT se borne en effet à informer l'opérateur puissant et les bénéficiaires de l'offre, de sa position au terme du contrôle qu'il doit effectuer. C'est donc à bon droit que l'IBPT fait observer qu'il ne pourrait éluder sa responsabilité d'examiner l'offre de référence en laissant s'écouler le délai de deux mois.

14 -10- 2005

En revanche, une décision par laquelle l'IBPT impose à l'opérateur puissant de modifier l'offre de référence, sans constater préalablement une infraction aux obligations qui pèsent sur lui et sans lui avoir donné l'occasion de se défendre sur les griefs retenus à sa charge, et accorde aux bénéficiaires de l'offre le bénéfice de nouvelles clauses dès la publication de la décision, ne peut pas intervenir à tout moment à défaut d'une habilitation de l'IBPT en ce sens.

Comme l'indique Belgacom, une telle décision cause grief puisqu'elle s'applique aux négociations de contrats en cours, et en vertu du principe de non discrimination que l'opérateur puissant doit respecter, aux contrats déjà conclus. Elle ne pourrait dès lors être adoptée que si le législateur avait expressément habilité l'IBPT pour ce faire.

L'arrêté royal prévoit que l'offre de référence doit être soumise à l'IBPT pour approbation, et que l'offre qui ne tiendrait pas compte des modifications jugées nécessaires par l'Institut est considérée comme n'ayant pas été publiée. Il ne prévoit pas que l'examen auquel l'IBPT

procède doit nécessairement aboutir à la publication d'une offre de référence dûment approuvée par l'Institut.

En outre, l'offre de référence qui doit être publiée au plus tard le 31 décembre lie l'opérateur puissant pendant un an et celui-ci peut également valablement se prévaloir des clauses qu'elle contient pour conclure des contrats d'accès et exiger l'exécution de contrats conclus sur la base de l'offre de référence, sauf dans l'hypothèse où la preuve serait rapportée - par le demandeur d'accès en cas de litige, ou par l'IBPT dans l'exercice de sa compétence générale-, que ce faisant, l'opérateur puissant viole les obligations que la loi met à sa charge.

Dès lors, décider que l'IBPT pourrait à tout moment exercer sa compétence de contraindre l'opérateur puissant à apporter à l'offre de référence les modifications qu'il juge nécessaires, reviendrait à reconnaître aux décisions individuelles par lesquelles l'IBPT lui enjoindrait, au cours de l'année concernée, de modifier les conditions commerciales de l'accès, un effet rétroactif.

Or, la non-rétroactivité des décisions administratives constitue un principe d'ordre public qui a pour conséquence que la mesure nouvelle ne s'applique ni dans le passé, ni à une situation constituée dans le passé³. Il doit s'appliquer quand bien même les motifs que l'IBPT a invoqués pour justifier la décision attaquée existaient déjà au 1^{er} janvier 2003.

Les dispositions de l'arrêté royal du 22 juin 1998, insérées par l'arrêté royal du 12 décembre 2000 ne dérogent pas à ce principe, sauf implicitement, en ce que l'article 6 nonies, § 2, habilitait expressément l'IBPT à communiquer au plus tard le 28 février 2001, les modifications qui devaient être apportées à l'offre de référence publiée le 31 décembre 2000. Cette exception au calendrier fixé par l'article 6 nonies n'aurait présenté aucune utilité si, comme l'IBPT le prétend, le délai qui lui était imparti pour imposer des modifications n'était pas impératif.

C'est donc à bon droit que Belgacom soulève la nullité de la décision attaquée, en raison du fait que l'IBPT a méconnu les conditions de l'exercice du pouvoir que lui confère l'arrêté royal du 22 juin 1998, de la contraindre à appliquer, en 2003, d'autres conditions que celles prévues dans l'offre de référence publiée le 31 décembre 2002.

19. C'est en vain que l'IBPT invoque l'obligation qui pèse sur l'opérateur puissant de tenir l'offre de référence à jour, pour justifier son intervention.

Il ne résulte tout d'abord d'aucun élément du dossier qu'en exigeant de Belgacom qu'elle modifie son offre de référence en fonction des décisions prises dans le complément d'avis du 3 septembre 2003, l'IBPT aurait fait état de l'obligation qui pèse sur Belgacom de tenir son offre à jour.

³ Jacques Salmon, Le Conseil d'Etat, Bruylant 1994, pages 351 et svtes.

14 -10- 2005

L'obligation de tenir l'offre de référence à jour suppose logiquement que des circonstances nouvelles soient intervenues depuis la date de publication de l'offre, ce qui peut se produire par exemple lorsque l'opérateur puissant a élargi depuis cette date sa gamme de services ou que des innovations techniques ont eu lieu pouvant avoir une incidence sur sa capacité ou sur les coûts de l'accès. Or, l'IBPT ne justifie ni dans sa décision, ni dans ses conclusions, de la survenance de circonstances justifiant une mise à jour de l'offre.

20. C'est également en vain que l'IBPT prétend tirer de l'article 92 bis, § 1, 2^{ème} alinéa, n), de la loi du 21 mars 1991 ou du fait que l'arrêté royal du 12 décembre 2000 a été pris sur le fondement de cette disposition- du moins selon le préambule-, qu'il peut modifier d'autorité l'offre de référence à tout moment.

Cette disposition concerne les conditions sous lesquelles l'IBPT peut attribuer des autorisations individuelles d'exploitation d'un réseau public de télécommunications. Elle est étrangère aux conditions dans lesquelles l'IBPT peut imposer, ex ante, des conditions d'accès au débit binaire.

Sur le bien fondé du recours

21. Il résulte de ce qui précède que la décision attaquée est entachée d'illégalité en ce qu'elle enjoint à Belgacom de modifier son offre de référence et en ce qu'elle décide que de toute manière, les opérateurs bénéficiaires de l'offre de référence, peuvent valablement se prévaloir des modifications imposées dès la parution du complément concernant l'avis « BROBA 2003 de l'IBPT relatif aux aspects Improved Service Levels Agreement et autres précisions », et que le recours en annulation est dans cette mesure, fondé.

14 -10- 2005

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

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

Dit le recours recevable.

Dit le recours, tel que limité par Belgacom dans ses conclusions du 31 janvier 2005, fondé.

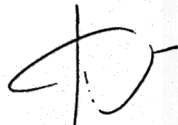
Met la décision attaquée à néant en ce qu'elle a pour objet d'enjoindre à Belgacom de modifier l'offre de référence *BROBA 2003* et en ce qu'elle précise que « de toute manière, chacun peut lire les offres de Belgacom comme si chaque clause en question avait été modifiée, ajoutée ou supprimée dès la parution du présent complément d'avis ».

Met les dépens à charge de l'IBPT, liquidés en ce qui le concerne à 186 + 55,78 + 475,96 euros et en ce qui concerne Belgacom à 475,96 euros.

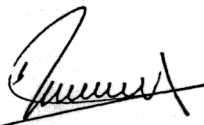
Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 14 -10- 2005

où étaient présents :

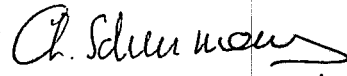
Martine REGOUT, Conseiller ff président,
Christine SCHURMANS, Conseiller,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier,



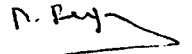
P. DELGUSTE



H. MACKELBERT



Ch. SCHURMANS



M. REGOUT

14 -10- 2005