

La cour d'appel de Bruxelles, 9<sup>ème</sup> chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2004/AR/2657

R. n°: 2006/ 4672

N° : 1129

Arrêt définitif

Recours de Belgacom dirigé contre la décision de l'IBPT du 31 août 2004 concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale, version BRUO 2004, « Tie Cables and Splitters pricing »

**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 au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 587.163 et à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239 951.

Demanderesse au recours,

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

15 -06- 2006

**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, 14/21,

Défendeur au recours.

Représenté par Maitre Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24.

**EN PRESENCE DE :**

**MOBISTAR**, société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 149, inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 599.402 et à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810.

Intervenante volontaire,

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

\*\*\*\*

### I. La décision attaquée et ses rétroactes

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

Par courriers des 30 septembre 2003, 29 octobre 2003 et 7 novembre 2003, Belgacom a fourni à l'IBPT des informations complémentaires pour justifier les tarifs proposés.

2. L'IBPT a pris une première décision le 23 décembre 2003 qui impose à Belgacom de modifier son offre de référence sur une série de points.

Cette décision a fait l'objet d'un recours de Belgacom sur lequel la cour a statué par un arrêt du 12 mai 2006.

Aux termes de sa décision du 23 décembre 2003, l'IBPT a annoncé que les prix concernant les aspects « tie cables » et « splitters » feraient l'objet d'une décision ultérieure.

3. Le 16 juillet 2004, l'IBPT a communiqué à Belgacom un projet de décision sur la partie de l'offre de référence BRUO 2004 relative aux dits équipements. L'Institut a publié ce projet de décision sur son site et invité les personnes directement et personnellement concernées par celui-ci à lui communiquer leurs observations pour le 27 juillet 2004.

Une consultation complémentaire a été lancée par l'Institut le 6 août 2004 et le délai de réaction à la consultation a été prolongé jusqu'au 13 août 2004.

15 -06- 2006

Belgacom a fait part de ses observations à l'IBPT le 13 août 2004.

4. La décision attaquée du 31 août 2004 a été adressée à Belgacom le 9 septembre 2004 et réceptionnée par Belgacom le 10 septembre 2004.

Elle indique que Belgacom a un délai de 10 jours à compter de la publication de la décision pour adapter son offre de référence en tenant compte des modifications imposées et un délai d'un mois pour publier l'offre modifiée. Elle précise que le bénéficiaire peut considérer que les modifications imposées font immédiatement partie de l'offre de référence.

#### **II. Le recours de Belgacom**

5. Par requête déposée au greffe de la cour le 22 octobre 2004, Belgacom demande à la cour de constater l'illégalité de la décision attaquée, de la mettre à néant et faisant ce que l'IBPT eut dû faire, de confirmer l'offre BRUO 2004 du 15 septembre 2003 de Belgacom en ses annexes H.1.2. à H.1.5. incluses, et H.2.2 à H.2.5 incluses.

#### **III. L'intervention de Mobistar**

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

La recevabilité de cette intervention a été contestée par Belgacom, à défaut pour Mobistar de démontrer que sa situation juridique est directement affectée par la décision attaquée de l'IBPT ou susceptible de l'être par l'arrêt à intervenir.

L'IBPT a également contesté la recevabilité de cette intervention.

Par conclusions déposées le 18 janvier 2006, Mobistar demande à la cour de lui donner acte de son désistement d'instance.

15 -06- 2006

#### IV. Sur la recevabilité du recours de Belgacom

7. Les articles 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et télécommunications belges énoncent :

« Article 2. § 1er. Les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent dans les soixante jours qui suivent la date de leur notification faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé.

Le Ministre peut introduire le recours visé à l'alinéa 1.

§ 2. Le recours visé au § 1er n'est pas suspensif, hormis lorsqu'il est introduit contre une décision prise en vertu de l'article 21, §§ 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges ou une décision prise en vertu de l'article 144<sup>duodécies</sup>, § 2, alinéa 1er, deuxième phrase, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ou lorsque la cour prononce la suspension de la décision attaquée.

Article 3. Pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles, le Code judiciaire est d'application. »

Les mots « *dans les soixante jours qui suivent la date de leur notification* » ont été insérés à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de cette loi par la loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, entrée en vigueur le 21 août 2005, en considération du fait qu'il était nécessaire d'instaurer, par analogie avec le recours en annulation devant le Conseil d'Etat, un délai de 60 jours.

Les articles 19 et 22 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges prévoient:

« Article 19. Le Conseil (de l'IBPT) offre à toute personne directement et personnellement concernée par une décision la possibilité d'être entendue au préalable.

Les décisions du Conseil sont notifiées aux personnes directement et personnellement concernées et au Ministre.

Article 22. Le règlement d'ordre intérieur du Conseil est établi par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres sur avis de l'Institut.

15 -06- 2006

Ce règlement d'ordre intérieur comprend au moins les éléments suivants : (...) 7° les modalités et les délais de communication des décisions et avis du Conseil aux personnes intéressées ; 8° les règles de notification et de publication applicables aux décisions ou avis du Conseil, ainsi que le délai dans lequel ces notification et publication interviennent. »

L'article 2 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration énonce :

« Afin de fournir au public une information claire et objective sur l'action des autorités administratives fédérales :

(...) 4° tout document par lequel une décision ou un acte administratif à portée individuelle émanant d'une autorité administrative fédérale est notifié à un administré indique les voies éventuelles de recours, les instances compétentes pour en connaître ainsi que les formes et délais à respecter, faute de quoi le délai de prescription pour introduire le recours ne prend pas cours ».

8. Se fondant sur l'article 3 de la loi (recours) du 17 janvier 2003, l'IBPT soutient qu'en application de l'article 1051 du Code judiciaire qui énonce que « le délai pour interjeter appel est d'un mois à partir de la signification du jugement ou de la notification de celui-ci faite conformément à l'article 792, alinéas 2 et 3 », le délai pour introduire le recours était largement écoulé au jour du dépôt de la requête.

Selon l'IBPT, il n'y a pas d'incertitude quant à la date de prise de cours du délai de recours d'autant que, en l'espèce, la décision attaquée a été directement notifiée à l'appelante et que la date à laquelle cette décision a été réceptionnée ne fait pas de doute. L'institut ne précise cependant pas la date à laquelle le délai en l'espèce aurait pris cours, la décision attaquée ayant été communiquée à Belgacom par télécopie du 9 septembre 2004 et par lettre de la même date, réceptionnée le 10 septembre 2004.

Par ailleurs et selon l'Institut, l'article 2, 4° de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration ne s'applique pas en l'espèce au motif que l'acte attaqué ne serait pas couvert par la notion de décision à portée individuelle au sens de cette disposition. Il s'agirait d'un acte à portée générale dès lors que tous les opérateurs, bénéficiaires de l'offre BRUO 2004, pourraient s'en prévaloir.

9. Belgacom conteste à juste titre l'exception d'irrecevabilité du recours.

15 -06- 2006

Avant sa modification par la loi du 6 juillet 2005, la loi du 17 janvier 2003 qui organise le recours contre les décisions de l'IBPT ne contenait aucune précision relative au délai de recours.

Au jour de la communication de la décision attaquée à Belgacom, aucune disposition ne prévoyait que la notification de la décision par l'IBPT faisait courir le délai de recours.

Le mode de notification des décisions de l'IBPT n'est pas déterminé dans la loi et comme l'indique Belgacom, les moyens par lesquels l'IBPT fait connaître ses décisions sont multiples et variés : courrier ordinaire, courrier recommandé, télécopie, publication sur son site.

Le règlement d'ordre intérieur dont question à l'article 22 de la loi (statut) du 17 janvier 2003 qui doit notamment fixer les modalités de notification des décisions du Conseil de l'IBPT n'existe pas.

Contrairement à ce que soutient l'IBPT, ces lacunes dans la loi créent une insécurité juridique telle que l'exercice du droit fondamental de soumettre une décision administrative au contrôle d'une juridiction indépendante et impartiale serait mis en péril s'il fallait considérer qu'elles peuvent être comblées par une application analogique de dispositions organisant d'autres voies de recours.

Le fait que le législateur n'a certes pas entendu que les recours contre l'IBPT puissent être introduits sans limite de temps ne suffit pas pour rendre applicable une disposition organisant un recours contre d'autres types de décisions.

15 -06- 2006

Ainsi, l'article 3 de la loi (recours) du 17 janvier 2003 ne saurait être interprété en ce sens qu'une application analogique de l'article 1051 du Code judiciaire s'impose.

L'article 1051 du Code judiciaire concerne la voie de recours ordinaire qui est l'appel d'un jugement. Elle ne permet pas de déterminer le mode de saisine de la cour dans le cadre du contentieux des décisions de l'IBPT, autorité administrative, confié à la cour d'appel de Bruxelles ni le délai de recours contre ces décisions. Les décisions de l'IBPT ne sont pas des jugements et elles ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 792, alinéas 2 et 3 du Code judiciaire qui organise la notification des jugements par pli judiciaire, auquel il est fait référence à l'article 1051 du même code.

L'application de cette disposition serait dès lors incompatible avec le droit à une protection efficace, tel que cela est prévu à l'article 4 de la directive 2002/21 (directive cadre).

Il résulte de ce qui précède qu'il est sans intérêt de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage dès lors que l'absence de précision dans la loi d'un délai pour introduire un recours contre les décisions de l'IBPT n'est pas la source d'une discrimination entre diverses autorités mais bien d'une insécurité juridique qui ne concerne que ces seuls recours.

Par ailleurs, la notification d'une décision fait courir le délai d'appel uniquement dans les cas pour lesquels le législateur a prévu qu'elle tend à faire courir les délais des voies de recours (Cass. 28 février 2002, C.01.0081.N). La loi (recours) du 17 janvier 2003, avant sa modification par la loi du 6 juillet 2005, ne précisait pas que la notification de la décision faisait courir le délai du recours.

Comme l'indique Belgacom, à supposer même que l'existence d'un délai de recours puisse être déduite d'une application analogique de dispositions qui n'ont pas pour objet d'organiser les modalités de l'introduction des recours contre les décisions de l'IBPT, la lettre par laquelle l'IBPT a adressé la décision attaquée à Belgacom n'indique pas les formes et les délais à respecter pour l'introduction du recours. La décision telle qu'elle a été publiée sur le site Internet de l'IBPT ne porte pas non plus la moindre mention à ce sujet.

Or, la décision attaquée qui oblige Belgacom à apporter des modifications à son offre de référence est bien une décision individuelle au sens l'article 2 de la loi du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration. Son objet est d'indiquer à Belgacom les modifications qu'elle doit apporter à son offre de référence et elle n'est contraignante qu'à l'égard de Belgacom. Est sans pertinence à cet égard, la circonstance que les opérateurs tiers peuvent opposer à Belgacom l'existence de la décision attaquée dans le cadre de la négociation d'accords d'interconnexion. Cette disposition n'ayant pas été respectée, Belgacom ne saurait être forclosée de son droit d'introduire un recours.

L'exception est rejetée.

## V. Sur le bien fondé du recours

### A. Le cadre réglementaire

15 -06- 2006

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

10 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

15 -06- 2006

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<sup>er</sup>, paragraphe 4, de ce règlement énonce que :

« 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. »

15 -06- 2006

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

11. 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 :

« 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**

§1er. 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.

§ 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

12. Aux termes de l'article 106, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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 ».

15 -06- 2006

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

« Article 108 bis

§ 1er. 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.

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

Observations des parties

15 -06- 2006

- 13. La décision attaquée est intervenue le 31 août 2004 et porte sur l'offre de référence valable pour l'année civile 2004. Il y est fait référence sous la partie « cadre réglementaire » aux dispositions de l'article 4 du règlement n° 2887/2000 et à l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991.

Invoquant l'article 108 bis, § 1<sup>er</sup> 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 la décision attaquée excède les compétences de l'IBPT et qu'elle est dès lors illégale.

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

Elle fait tout d'abord valoir que le paragraphe 3 de l'article 4 du règlement n°2887/2000 qui porte sur le pouvoir général d'intervention des ARN ne peut servir de fondement à la décision

de l'IBPT d'imposer des modifications de l'offre de référence qui est expressément visé au paragraphe 2 du même article.

La distinction opérée par l'article 4 du règlement entre le pouvoir général des ARN d'intervenir de leur propre initiative et leur pouvoir spécifique d'imposer des modifications de l'offre de référence se retrouve à l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991 de sorte qu'il est exclu que l'IBPT puisse se prévaloir de son pouvoir général d'intervention prévu au paragraphe 3 de cette disposition lorsqu'il exerce le pouvoir qu'il tire du paragraphe 1<sup>er</sup> de la même disposition pour exiger des modifications de l'offre de référence.

Belgacom fait ensuite valoir que le règlement laisse aux Etats membres le soin d'organiser la mise en œuvre du pouvoir spécifique d'intervenir dans l'offre de référence en prenant des mesures appropriées.

Elle observe à cet égard que si aux termes de l'article 4, paragraphe 3, du règlement, les ARN exercent leur pouvoir général d'intervention « de leur propre initiative » dans des cas autres que l'intervention sur l'offre de référence si les autres conditions prévues par cette disposition sont remplies, en revanche le règlement ne prévoit pas de modalités particulières pour l'exercice du pouvoir d'imposer des modifications de l'offre de référence.

Ainsi, selon Belgacom, le législateur avait la faculté d'encadrer le pouvoir de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence comme il l'a fait, c'est-à-dire d'abord en rendant annuelle l'obligation de publication d'une offre de référence pour le dégroupage à la boucle locale veillant par là à ce que l'opérateur puissant respecte son obligation de tenir à jour l'offre de référence prévue par l'article 3, paragraphe 1, du règlement, ensuite et corrélativement, en rendant annuelle la possibilité pour l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence.

Le choix opéré ainsi par le législateur aurait en outre le mérite d'assurer la sécurité juridique des contrats qui seraient conclus entre Belgacom et les opérateurs concurrents après la publication de l'offre de référence et d'éviter de créer des discriminations éventuelles entre les opérateurs selon le moment où le contrat est conclu avec chacun d'entre eux, le tout sans les inconvénients inhérents à des modifications éventuellement rétroactives. Ce choix présenterait en outre pour Belgacom l'avantage de lui éviter une désorganisation sur le plan interne, son budget étant préparé chaque année pour être soumis à son assemblée générale qui se tient à la mi-décembre.

15 -06- 2006

Belgacom rappelle que la section de législation du Conseil d'Etat n'a formulé aucune observation dans son avis sur l'avant projet d'arrêté royal du 12 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1998, en ce que celui-ci fixait un calendrier précis et qu'elle a seulement observé à ce sujet que les modalités prévues s'inspiraient dans une large mesure des règles prévues par l'arrêté royal du 20 avril 1999 pris en exécution de l'article 109ter, § 4, de la loi du 21 mars 1991 qui porte sur la publication d'une offre d'interconnexion de référence.

Belgacom soutient encore que quelle que soit l'interprétation qu'il y a lieu de donner à l'article 4 du règlement qui porte sur les pouvoirs des ARN, l'IBPT ne peut exercer ces pouvoirs s'il n'y a pas été habilité de manière expresse par une disposition dans l'ordre juridique interne.

Elle expose à ce sujet que comme l'avait fait remarquer la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis sur l'avant-projet d'arrêté royal du 12 décembre 2000, 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 les missions confiées aux ARN par ce règlement ;

Or, si 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 exiger des modifications de l'offre de référence, c'est uniquement dans les limites et selon les modalités que ces dispositions prévoient.

De même, si l'article 108 bis § 3 habilite l'IBPT à intervenir à tout moment, c'est de manière restrictive et uniquement pour adopter les mesures nécessaires à assurer une concurrence réelle sur le marché de l'accès dégroupé à la boucle locale, au nombre desquelles ne figurent pas le pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence au-delà de la date limite prévue par le paragraphe 1<sup>er</sup> du même article.

14. Selon l'IBPT, il ressort d'une lecture combinée de l'article 4 du règlement n° 2887/2000 et de l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991 que ces deux dispositions sont complémentaires de sorte que chacune peut s'appliquer.

L'IBPT rappelle que l'article 4 du règlement est directement applicable de sorte qu'il puise déjà 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.

15 -06- 2006

Il considère que si 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 c'est précisément parce que le législateur communautaire a entendu confier aux ARN le soin d'apprécier si une intervention se justifie, et rien ne permet 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 comme contraire au règlement.

Il expose par ailleurs que la décision attaquée concerne l'obligation qui pèse sur Belgacom de tenir à jour son offre de référence, qui a un caractère permanent, de sorte que le pouvoir de l'IBPT de veiller au respect de cette obligation n'est subordonné à aucun délai impératif.

Il indique enfin qu'on n'aperçoit pas en quoi le fait que la décision attaquée est intervenue le 31 août 2004 et non pas le 15 novembre 2003 causerait un préjudice à Belgacom dès lors que la décision attaquée n'a pas d'effet rétroactif.

15 -06- 2006

#### Appréciation de la cour

15. 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 les autorités réglementaires nationales (ARN) sont habilitées 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 leur 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 imposent la publication d'une offre de référence et habilient les ARN à contrôler l'offre de référence aux fins d'encourager la conclusion de contrats d'accès à des conditions techniques et tarifaires transparentes, non discriminatoires et objectives susceptibles de promouvoir une concurrence loyale et durable, sont claires et précises. 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.

Les dispositions du règlement prévoient l'obligation dans le chef de tout opérateur désigné par les ARN comme puissant sur le marché de la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes aux termes de l'annexe 1, première partie, de la directive 97/33/CE ou de la directive 98/10/CE, de publier à partir du 31 décembre 2000 et de tenir à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale. Elles habilent les ARN à imposer des modifications de l'offre de référence, y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées au regard des objectifs du règlement.

L'article 4 du règlement ne limite pas dans le temps le pouvoir des ARN d'exiger des modifications de l'offre de référence publiée. Eu égard à la finalité du règlement, il ne fait aucun doute que les ARN doivent pouvoir imposer des modifications de l'offre de référence à tout moment et de leur propre initiative, à la lumière de la situation du marché et des informations dont elles disposent.

Un tel pouvoir exclut toute possibilité de soumettre l'offre de référence qui est publiée sous la responsabilité de l'opérateur puissant, à l'approbation préalable ou à l'accord de l'ARN. En effet, on ne peut sans verser dans l'incohérence, subordonner les effets de l'offre de référence à la constatation préalable par l'ARN de sa conformité avec la légalité et l'intérêt général pour une période déterminée et, dans le même temps, doter l'ARN du pouvoir de revenir sur sa décision au cours de cette même période en exigeant des modifications de l'offre de référence approuvée: l'attribution de ce dernier pouvoir fait de l'approbation préalable un acte provisoire et réversible, et donc parfaitement inutile.

15 -06- 2006

Il résulte de ce qui précède que toute disposition nationale qui a pour effet de limiter dans le temps le pouvoir de l'ARN d'exiger des modifications de l'offre de référence est donc incompatible avec l'objet et la finalité du règlement.

16. Or, l'article 108 bis § 1<sup>er</sup> 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 n° 2887/2000.

Ce régime consiste à imposer à l'opérateur notifié l'obligation de transmettre chaque année à l'Institut un projet d'offre de référence dont la durée de validité est fixée à un an, sans lui imposer une obligation générale 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 la publication de l'offre de référence. Il fait dépendre toute modification de l'offre de référence durant l'année civile d'une initiative de l'opérateur notifié puissant.

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

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

L'application de l'article 6 sexies § 3 de l'arrêté royal du 22 juin 1998 aurait le même effet puisque cette disposition énonce que l'offre de référence est valable pour l'année civile qui suit l'année de la publication 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.

C'est en vain que Belgacom fait valoir que l'IBPT pourrait encore intervenir après le 15 novembre de chaque année lorsqu'il

15 -06- 2006

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

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

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

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

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

17. 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.

Le règlement n° 2887/2000 qui entrerait en application le troisième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des*

15 -06- 2006

*Communautés européennes*, ne comporte aucune disposition selon laquelle les Etats membres devaient désigner l'autorité réglementaire nationale chargée d'exercer les compétences spécifiques conférées par ce règlement. 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 le désignant (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<sup>er</sup> 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.

18. 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<sup>er</sup> 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 est obligée de tenir son offre à jour et ce, sous le contrôle de l'IBPT et que cette obligation est permanente. Il convient donc de traiter cette « nouvelle offre de référence » comme une décision de Belgacom de modifier son offre de référence.

15 -06- 2006

19. Contrairement à ce que soutient Belgacom, la solution adoptée par la cour dans son arrêt du 15 octobre 2004 en ce qui concerne le pouvoir de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence pour l'accès à un débit binaire, n'est pas transposable en l'espèce. L'IBPT souligne à juste titre que dans cette affaire, la cour a constaté que le droit communautaire ne prévoyait pas une obligation de publier une offre de référence pour l'accès à un débit binaire et qu'aucune disposition nationale ne donne à l'IBPT le pouvoir d'exiger des modifications de l'offre de référence pour l'accès à un débit binaire durant l'année civile en cours.

**C. Sur le moyen de nullité de la décision fondé sur la violation par l'IBPT de son obligation de confidentialité**

Les faits

20. Le projet de décision a été publié par l'IBPT le 16 juillet 2004 avec neuf annexes. Dans ce projet de décision, l'Institut expose que ces annexes reprennent « la structure de la motivation donnée par Belgacom (cf. Courriers de Belgacom à l'Institut du 30 septembre et du 7 novembre 2003) ». Il s'agit en réalité de la description détaillée, pour chaque type d'opération concernée, des éléments de coûts y afférents, faite par Belgacom à l'intention de l'Institut, pour justifier les tarifs proposés, comprenant le coût du matériel et les coûts salariaux. L'évaluation des différents coûts faite par Belgacom n'a pas été publiée. Les annexes publiées reprennent uniquement l'évaluation faite par l'Institut.

L'IBPT a lancé début août un complément de consultation en publiant les informations que Belgacom lui avait fournies par lettres du 30 septembre et du 7 novembre 2003 en ce qui concerne les coûts opérationnels alors que Belgacom avait demandé le traitement confidentiel de ces informations.

Il s'agit d'une description, pour chaque opération, de l'ensemble des prestations nécessaires pour prendre les commandes, planifier les ordres, livrer, installer, contrôler les travaux, avec une évaluation des coûts en fonction du temps consacré à ces différentes tâches et de la qualification du personnel qui les accomplit.

15 -06- 2006



chacune des opérations nécessaires pour fournir et installer le matériel requis.

Elle fait valoir que les informations relatives à ses méthodes de production et de gestion sont par nature confidentielles au sens de l'article 6 § 1<sup>er</sup>, 7 de la loi du 11 avril 1994. Elle estime qu'il n'appartient d'ailleurs pas à l'IBPT d'apprécier lui-même le caractère confidentiel des données qui lui sont transmises lorsqu'elles sont qualifiées par l'opérateur de confidentielles.

Aux dires de Belgacom, la méconnaissance par l'IBPT de l'obligation de confidentialité qui pèse sur lui tant aux termes de l'article 23 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges qu'en vertu du principe général du respect des secrets d'affaires, entraîne la nullité de la décision attaquée dès lors que celle-ci repose sur les résultats de l'enquête contestée.

24. L'IBPT conteste avoir divulgué des données confidentielles à l'occasion de la consultation qu'il a organisée.

Il se déduit de ses conclusions qu'il estime que le caractère confidentiel des données qui lui sont transmises doit être apprécié au regard du principe de transparence qui vise notamment les prix et qu'en l'espèce il s'est borné à fournir aux concurrents de Belgacom les informations utiles pour que ceux-ci puissent réagir en pleine connaissance de cause à la proposition tarifaire de Belgacom.

Par ailleurs, l'IBPT fait valoir qu'en tout état de cause, à supposer même qu'il y ait eu violation du secret professionnel, cette circonstance serait sans incidence sur la légalité de la décision. Selon l'IBPT, une telle irrégularité ouvre uniquement un recours en responsabilité en raison du préjudice qui en serait la conséquence.

#### Appréciation de la cour

25. L'IBPT a le devoir de ne pas divulguer les informations qui sont par nature secrètes, telles que les secrets d'affaires d'ordre commercial, concurrentiel, financier ou comptable, sauf dans les cas où il peut se prévaloir d'un motif légal de dérogation au principe de la protection des secrets d'affaires.

Contrairement à ce que prétend l'IBPT, il lui est interdit de divulguer des informations qui sont par nature secrètes et qui ont

15 -06- 2006

été identifiées comme telles au moment de leur communication. Cette interdiction vaut sans qu'il soit nécessaire que la partie qui fournit ce type d'informations motive sa demande de traitement confidentiel.

26. Il est établi que l'IBPT a publié des informations qui sont par nature secrètes sans même avoir donné à Belgacom l'occasion de faire valoir son point de vue avant de procéder à leur divulgation.

Les informations publiées par l'IBPT dans le cadre de la consultation publique ne sont pas accessibles au grand public ou aux milieux spécialisés. Elles sont spécifiques, précises et récentes.

Il s'agit d'informations relatives à la structure des coûts des différents services fournis par Belgacom qui permettent aux tiers, en particulier les concurrents de Belgacom, de déduire des informations concrètes sur les méthodes de production et de gestion de Belgacom et sur sa structure organisationnelle.

Est sans pertinence, la circonstance que l'IBPT a substitué certaines des données chiffrées fournies par Belgacom, par d'autres.

Les tableaux divulgués sont la reproduction fidèle des tableaux établis par Belgacom pour décrire en détail les prestations successives que requiert chaque type d'opération complexe et la qualification du personnel accomplissant ces prestations et tout tiers était autorisé à croire que les informations divulguées – hormis le cas échéant les prix proposés – étaient celles fournies par Belgacom à l'IBPT pour justifier ses tarifs.

27. L'IBPT n'établit pas qu'il pouvait déroger en l'espèce au principe de la protection des secrets d'affaire de la manière dont il l'a fait, sans même avoir été saisi d'une demande motivée de communication des informations qu'il a divulguées de sa propre initiative.

Les principes de transparence et la règle de la séparation comptable n'autorisent pas toute divulgation par l'IBPT des informations qui sont couvertes par le secret des affaires.

En outre, comme l'indique Belgacom, la divulgation de ces informations n'était en rien nécessaire pour susciter, de la part des opérateurs concurrents, qu'ils fournissent à l'IBPT des données concrètes relatives aux coûts du matériel et aux coûts salariaux en ce compris la durée des prestations successives ou

15 -06- 2006

pour obtenir d'eux une estimation ou des devis.

Elle n'était pas non plus nécessaire pour l'obtention d'informations relatives au prix du matériel que l'IBPT pouvait obtenir de Belgacom, en la mettant si nécessaire, en demeure de les fournir sous peine d'engager une procédure en infraction à son encontre, ou encore des fournisseurs.

Elle ne se justifie pas au regard de la prétendue nécessité de mettre les opérateurs concurrents en mesure de réagir sur les propositions tarifaires de Belgacom en pleine connaissance de cause. Il suffisait à l'IBPT d'exposer de manière générale les différentes catégories de frais et de coûts que les tarifs proposés par Belgacom, ou les tarifs proposés par l'Institut, étaient destinés à couvrir, sans dévoiler la structure même des coûts qui est confidentielle puisqu'elle permet de connaître toute la décomposition de la gestion des services offerts.

28. Il est établi en l'espèce que l'irrégularité commise a eu une influence certaine sur le contenu de la décision, ce que l'IBPT ne conteste pas. Il reconnaît notamment qu'il a tenu compte des informations et observations des opérateurs concurrents qui considéraient que les temps pris en compte par Belgacom pour les différentes étapes d'un processus complexe, étaient trop longs.

29. Contrairement à ce que soutient l'IBPT, la divulgation de secrets d'affaires entraîne l'annulation d'une décision dès lors qu'il est établi qu'en l'absence de cette irrégularité, ladite décision aurait eu un contenu différent.

La circonstance que Belgacom pourrait être fondée à agir en responsabilité contre l'IBPT en raison du préjudice qu'elle estimerait avoir subi du fait de la divulgation d'informations secrètes, ne saurait la priver de la protection juridictionnelle consistant à sanctionner par la nullité une décision irrégulière.

**D. Sur la demande de Belgacom d'entendre dire pour droit que les tarifs proposés dans son offre BRUO 2004 du 15 septembre 2003 demeurent d'application pour toute l'année 2004**

30. La publication d'une offre de référence n'est qu'un moyen pour encourager la conclusion d'accords sur une base commerciale, respectueux de la réglementation en la matière.

15 -06- 2006

Par ailleurs, comme l'indique Belgacom, la réglementation ne prévoit pas l'exigence d'une approbation par l'IBPT de l'offre de référence de sorte que l'annulation de la décision de l'IBPT d'exiger des modifications de l'offre de référence ne vaut pas approbation de l'offre de référence de Belgacom et des tarifs qu'elle propose.

La cour n'a donc pas à se prononcer dans le cadre du présent recours sur les tarifs que Belgacom est en droit d'appliquer aux opérateurs bénéficiaires de l'accès dégroupé à la boucle locale, pour l'année 2004.

**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 ;

Donne acte à Mobistar de son désistement d'instance et aux autres parties de leur accord ; décrète ledit désistement.

Délaisse à Mobistar ses propres dépens d'appel.

Dit le recours recevable et fondé.

Met la décision attaquée à néant.


Met le surplus des dépens d'appel à charge de l'IBPT, liquidés en ce qui la concerne à 485,87 € et en ce qui concerne Belgacom à 186 + 58,26 + 485,87 €.

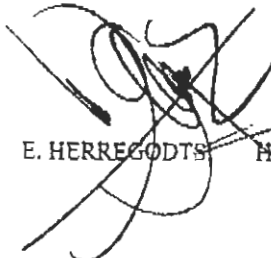
Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **15 -06- 2006**


**15 -06- 2006**


où étaient présents :

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

  
P. DELGUSTE

  
E. HERREGODTS

  
H. MACKELBERT

  
Ch. SCHURMANS

15 -06- 2006