

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2003/AR/1664

R. n°: 2004/6488

N°: 1669

Arrêt définitif

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,

Appelante,

✓ 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.

◇◇◇

I. Antécédents de la procédure

1. Par requête déposée au greffe de la cour le 3 juillet 2003, Belgacom a formé un recours contre la décision du Conseil de l'IBPT adoptée le 2 juin 2003 et intitulée : **Complément à l'avis BROBA 2003 relatif aux aspects « Guaranteed positions and related migrations rules ».**

art. 81-84
Comm. Eur.

15 -10- 2004

Les parties ont été entendues en leurs moyens aux audiences des 5 et 19 mars 2004 et 3 juin 2004.

II. Les services concernés

2. La décision attaquée est relative aux conditions de la fourniture en gros d'accès à large bande qui recouvre les accès à haut débit (« *bit stream* ») permettant la transmission bidirectionnelle de données en large bande.

Le marché de l'accès spécial au réseau est l'un des marchés visés, dans le nouveau cadre réglementaire européen sur les communications électroniques, par la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 (directive « accès »).

Il est visé dans le cadre réglementaire antérieur par les directives 97/33/CEE et 98/10/CEE¹ qui définissent des règles applicables à certains types d'accès.

3. Dans le cadre de l'accès à un débit binaire qui constitue un type d'accès à la boucle locale², Belgacom met à la disposition des autres opérateurs des positions sur des Multiplexeurs d'accès appelés DSLAMs³ qui sont des éléments de l'infrastructure de son réseau, pour permettre à ceux-ci de fournir aux utilisateurs finals des services ADSL ou SDSL qui permettent la transmission des données à haute vitesse, et donc de lui livrer concurrence sur le marché de détail de ces services.

Les opérateurs alternatifs, actifs sur le marché de détail de la fourniture des services ADSL ou SDSL, soit achètent à Belgacom ces services pour les revendre tels quels à l'utilisateur final (offre *wholesale*) soit offrent eux-mêmes ces services dont ils définissent alors les caractéristiques.

Dans ce dernier cas, la position mise à la disposition de l'utilisateur final sur le DSLAM doit passer du mode « *wholesale* » au mode « BROBA », ce qui exige une opération de migration.

Une migration est également nécessaire lorsqu'un utilisateur final qui dispose déjà d'une connexion, change de fournisseur.

¹ Voir annexe 1 de la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »).

² La boucle locale est une infrastructure permettant la fourniture de services de télécommunications de détail (voir, Communication 2000/C 272/10 de la Commission sur le dégroupage de l'accès à la boucle locale, J.O., 23.9.2000, p.55, point 3.2).

³ Un DSLAM (*Digital Subscriber Line Multiplexer*) est un élément d'un réseau de télécommunications qui reçoit des signaux en provenance d'utilisateurs bénéficiant de connexions ADSL ou SDSL, et qui délivre ces signaux sur un réseau haute vitesse en utilisant des techniques de multiplexing.

La migration est virtuelle lorsqu'elle est effectuée à distance, ce qui n'est possible que lorsque la position sur le DSLAM est conservée. Elle est physique lorsqu'elle exige une intervention technique, ce qui est le cas lorsque la position de l'utilisateur final sur le DSLAM est modifiée.

Le nombre de positions pouvant être occupées par DSLAM est limité.

Chaque DSLAM est raccordé à un VP ('Virtual Paths'), par lequel le trafic de données en provenance de l'utilisateur final est acheminé vers l'opérateur avec lequel celui-ci a contracté.

La fourniture du VP par Belgacom étant un service payant, l'opérateur alternatif a intérêt à ce que les positions de ses clients connectés en mode BROBA soient concentrées sur un nombre limité de DSLAM's afin de réaliser des économies d'échelle.

Lorsque les connexions des utilisateurs finals d'un opérateur, situées au niveau de plusieurs DSLAM's, sont regroupées sur un même DSLAM, il y a opération de concentration, qui implique toujours des migrations physiques.

L'opérateur alternatif a également intérêt à ce que Belgacom garantisse un certain nombre de positions sur les DSLAM dont au moins une position est mise à sa disposition, soit en les maintenant libres, soit en libérant des positions.

Le présent litige concerne les obligations tarifaires imposées à Belgacom, par l'Institut, pour la réalisation des opérations de migration et pour la garantie de disponibilité d'un certain nombre de positions sur les DSLAM.

III. Le cadre réglementaire

15 -10- 2004

A. Le cadre réglementaire européen

- L'accès spécial au réseau

4. La directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel énonce, en son article 16, les obligations qui pèsent sur les organismes puissants sur le marché en ce qui concerne « l'accès spécial au réseau », à savoir le respect du principe de non discrimination et de l'orientation en fonction des coûts, et décrit les missions des autorités réglementaires nationales dans ce domaine.

Suivant le paragraphe 3 de l'article 16, les modalités techniques et commerciales de l'accès spécial au réseau font l'objet d'un accord entre les parties concernées, sous réserve de l'intervention de l'autorité réglementaire nationale prévue aux paragraphes 2, 4 et 5 de l'article 16 qui sont libellés comme suit :

« 2. Les organismes demandeurs doivent avoir la possibilité de soumettre leur cas à l'autorité réglementaire nationale avant qu'une décision finale de limitation ou de refus d'accès ne soit prise en réponse à une demande spécifique.

Lorsqu'une demande d'accès spécial au réseau est refusée, l'organisme qui l'a introduite doit être rapidement informé des motifs du refus.

« 4. Les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir de leur propre initiative, à tout moment lorsque cette intervention se justifie pour garantir la concurrence réelle et/ou l'interopérabilité des services, et elles interviennent si l'une des deux 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.

« 5. Les autorités réglementaires nationales sont également habilitées à intervenir, dans l'intérêt de tous les utilisateurs, pour s'assurer que les accords comportent des conditions qui répondent aux critères énoncés au paragraphe 4, qu'ils sont conclus et appliqués de manière efficace et dans les délais prévus et qu'ils comportent des conditions concernant la conformité aux normes applicables, le respect des exigences essentielles et/ou la garantie de la qualité de bout en bout. »

Aux termes du paragraphe 6, les conditions fixées par les autorités réglementaires nationales conformément au paragraphe 5 sont mises à disposition de façon appropriée afin que les parties intéressées y aient aisément accès.

15 -10- 2004

Les services d'accès à haut débit sont couverts par l'article 16 de la directive.⁴

5. Suivant l'article 7 de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), les Etats membres maintiennent toutes les obligations relatives à l'accès et à l'interconnexion imposées aux entreprises en vertu de l'article 16 de la directive 98/10/CE jusqu'à ce que ces obligations aient été réexaminées et qu'une décision les concernant ait été prise conformément au paragraphe 3 de cet article.

⁴ Voir sur ce point la Communication de la Commission 2000/C 272/10, op.cit.

A ce jour, l'IBPT n'a pas encore procédé à une analyse du marché concerné, conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), pour déterminer s'il y a lieu de maintenir, de modifier ou de supprimer ces obligations.

- le dégroupage de l'accès à la boucle locale

6. 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 locale⁵, impose la fourniture d'un accès dégroupé à la boucle locale aux opérateurs notifiés puissants, qui constitue un moyen d'accès à la boucle locale différent de l'accès au débit binaire concerné dans la présente affaire.

En vertu de l'article 3 de ce règlement, les opérateurs puissants doivent publier et tenir à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale qui inclut au minimum les éléments énumérés dans l'annexe de la directive, et ils ont l'obligation d'accéder à toute demande raisonnable des bénéficiaires visant à obtenir cet accès, à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires.

En vertu de l'article 4 de ce règlement, l'autorité réglementaire nationale est habilitée à imposer des modifications de l'offre de référence, y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées, et à 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.

Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 4, ce règlement s'applique sans préjudice du droit des Etats 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 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 -10- 2004

⁵ J.O. 30.12.2000

B. Le cadre réglementaire national

- l'accès spécial

7. La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques comprend, sous le titre III, des dispositions qui visent de manière explicite l'accès spécial.

L'article 106, § 1^{er}, de la loi, impose aux organismes puissants de respecter le principe de l'orientation en fonction des coûts dans cinq matières, au nombre desquelles figure l'accès spécial.

Aux termes de la même disposition, les organismes puissants sont tenus de communiquer à l'Institut, préalablement à chaque augmentation des tarifs applicables à ces services et selon les modalités fixées par le Roi, sur avis de l'Institut, les éléments permettant d'apprécier la compatibilité de l'augmentation envisagée avec les contraintes réglementaires applicables.

L'article 109 ter, § 3, de la loi met à charge de tout organisme puissant l'obligation de répondre de manière non discriminatoire à toutes les demandes raisonnables d'interconnexion ou de connexion, notamment l'accès à des points autres que les points de raccordement offerts à la majorité des utilisateurs finals.

Ces dispositions s'appliquent à l'accès au débit binaire qui est une forme d'accès spécial.

15 -10- 2004

8. L'article 92 bis de la même loi habilite le Roi à fixer par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, après l'avis de l'Institut, les conditions sous lesquelles l'Institut peut délivrer une autorisation individuelle d'exploitation de réseaux publics de télécommunication et précise qu'au nombre de ces conditions, peuvent figurer :

- « des conditions nécessaires pour assurer l'interopérabilité des réseaux, l'égalité de traitement et l'information des utilisateurs, notamment des conditions contractuelles de fourniture du réseau »,

- « des conditions visant à prévenir un comportement anti-concurrentiel, et notamment les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence ».

9. Aux termes de l'article 122 de la loi du 21 mars 1991, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, « abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions de cette loi, afin de prendre

toutes les mesures nécessaires pour exécuter les obligations découlant des directives en vigueur de l'Union européenne. »

10. Des dispositions relatives tant au dégroupage de l'accès à la boucle locale qu'à l'accès à un débit binaire ont été insérées dans l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications, par un arrêté royal du 12 décembre 2000⁶.

L'article 1, 12° de l'arrêté royal du 22 juin 1998 définit l'accès à un débit binaire comme *« une forme d'accès spécial consistant en la fourniture d'un accès à un débit binaire en tant que capacité de transmission vers un utilisateur final où les spécifications techniques de l'interface chez l'utilisateur final, ainsi que l'équipement installé chez le fournisseur d'accès et directement connecté sur la paire de cuivre sont définies par ce fournisseur d'accès. »*

Aux termes de l'article 6 septies de l'arrêté royal, tout opérateur puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes est tenu de publier au plus tard le 31 décembre de chaque année, et pour la première fois pour le 31 décembre 2000, une offre de référence pour l'accès à un débit binaire, qui doit être conforme aux exigences mentionnées dans ledit arrêté.

L'offre à publier doit notamment contenir *« une description des offres et des modalités, conditions et prix qui sont associés aux divers éléments »*. Elle doit être *« suffisamment dégroupée de sorte que celui qui souhaite l'accès au débit binaire ne doive pas payer pour des éléments de réseau ou des facilités qu'il n'estime pas nécessaires à la fourniture de ses services »*.

15 -10- 2004

Suivant l'alinéa 2, 2° de cet article, *« l'offre doit être tenue à jour »*.

L'article 6 octies de l'arrêté royal est libellé comme suit :

« Tout opérateur puissant sur le marché des réseaux de téléphonie publique fixe respectera les obligations suivantes à partir du 1^{er} janvier 2001 :

1° il répondra aux demandes d'accès au débit binaire dans des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires et leur fournira les mêmes ressources qu'à lui-même ou à ses propres filiales, dans les mêmes conditions et délais. Les demandes ne peuvent être refusées que sur la base de critères objectifs concernant la faisabilité technique ou la nécessité de garantir l'intégrité du réseau ;

⁶ Moniteur du 29 décembre 2000

2° il publiera les tarifs pour l'accès à un débit binaire. Ces tarifs sont orientés en fonction des coûts, non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence. »

L'offre de référence est soumise à l'approbation de l'IBPT. Aux termes de l'article 6 septies, dernière ligne, l'Institut est compétent pour imposer les modifications qu'il juge nécessaires dans l'offre de référence.

11. L'arrêté royal du 12 décembre 2000 étend donc à l'accès au débit binaire, les règles prévues dans le règlement (CE) n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, qui était alors en préparation, notamment en ce qui concerne l'obligation de publier une offre de référence.

S'agissant des pouvoirs d'intervention de l'IBPT, l'article 6 nonies, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 juin 1998 précise que l'offre de référence en matière d'accès à un débit binaire doit être communiquée à l'Institut au plus tard le 30 septembre de chaque année, et que l'Institut dispose d'un délai de deux mois pour formuler ses remarques et indiquer les modifications qui doivent y être apportées.

Suivant l'article 6 nonies, § 3, si l'offre de référence ne tient pas compte des modifications jugées nécessaires par l'Institut, cette offre est considérée comme n'ayant pas été publiée.

15 -10- 2004

12. Le préambule de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 indique qu'il est pris en exécution de la loi du 21 mars 1991, notamment l'article 92 bis, remplacé par la loi du 19 décembre 1997 et modifié par la loi du 3 juillet 2000.

L'exposé des motifs énonce :

« Dans la législation belge en vigueur, l'accès spécial fait l'objet des articles 109ter, §3, 106 § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o et 92 bis, §1^{er}, 2^{ème} alinéa, n), de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. De l'article 16, alinéa 4, de la Directive 98/10/CE susmentionnée et de l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991, il ressort que le Roi est compétent pour imposer des obligations spéciales aux organismes puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes, en ce qui concerne l'accès au débit binaire. »

- les compétences générales de l'IBPT

13. L'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, entrée en vigueur le 23 avril 2003, décrit les compétences et missions de l'IBPT.

Celui-ci est notamment chargé du contrôle du respect de certaines dispositions légales et notamment des dispositions du titre III de la loi du 21 mars 1991 qui régit le domaine des télécommunications, et de leurs arrêtés d'exécution, mission que lui confiait déjà l'article 75, paragraphe 3, de la loi du 21 mars 1991.

En vertu de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003, l'Institut est habilité à constater les infractions à la réglementation dont il contrôle le respect ou à une décision prise en application de celle-ci, à mettre le contrevenant en demeure de respecter les obligations qui pèsent sur lui dans un délai qu'il fixe, et à lui infliger une amende si au terme de ce délai, l'opérateur n'a pas mis fin à l'infraction qui lui est reprochée.

Cette loi qui renforce les pouvoirs de l'IBPT et son indépendance est entrée en vigueur le 23 avril 2003, soit à une date antérieure à la décision attaquée du 2 juin 2003.

Elle abroge l'article 75 de la loi du 21 mars 1991 qui confiait déjà à l'IBPT, outre une compétence d'avis, la mission générale de surveillance et de contrôle des dispositions du Titre III de cette loi. Aux termes de cette disposition, les avis de l'IBPT étaient destinés au Ministre compétent pour les matières relatives aux télécommunications.

Elle abroge également l'article 109 quater de la même loi qui habilitait déjà l'IBPT à agir en constatation d'infraction.

IV. La décision attaquée de l'IBPT du 2 juin 2003, relative à l'offre de référence 2003 pour l'accès à un débit binaire

- l'offre de référence 2003 et le premier 'avis' de l'IBPT du 16 janvier 2003

14. Le 30 septembre 2002, Belgacom qui est un opérateur désigné comme étant puissant sur le marché du réseau téléphonique public fixe, a communiqué à l'IBPT son offre de référence 2003 pour l'accès à un débit binaire, appelée BROBA II (*Belgacom Reference Offer to provide*

15 -10- 2004

Bitstream Access), concernant différents types de services d'accès à un débit binaire.

15. Un premier avis relatif à cette offre de référence a été adopté par l'IBPT à une date non précisée. Il a été approuvé par le Ministre des Télécommunications le 16 janvier 2003 et notifié par ce dernier à Belgacom le 17 janvier 2003. Il enjoint à Belgacom de modifier l'offre de référence en tenant compte des remarques qui y sont formulées.

L'Institut indique dans cet avis qu'il a force contraignante et que, sauf dispositions contraires, Belgacom dispose d'un délai de 10 jours ouvrables à compter de la date de publication de l'avis, pour lui faire parvenir un projet remanié, et qu'elle devra publier au plus tard un mois après cette date, une version de BROBA 2003 qui répondra intégralement aux dispositions de l'avis.

Il souligne par ailleurs que l'avis est susceptible d'être modifié à l'avenir et que « *ces modifications peuvent être dictées par des évolutions techniques, des développements sur le marché, des adaptations réglementaires, des adaptations à des coûts et des prix, etc* ».

L'Institut indique encore ce qui suit en conclusion de ce document : « *Par ce seul avis, l'Institut n'est cependant pas en mesure actuellement d'éclaircir toutes les imprécisions ou lacunes que l'offre de référence de Belgacom crée ou laisse subsister. Ceci sera le fruit d'entretiens entre l'Institut et Belgacom, et entre l'Institut et d'autres acteurs de marché, sans ou avec Belgacom. De toute façon, l'Institut assurera le plus haut degré de transparence.* »

15 -10- 2004

16. L'avis du 16 janvier 2003 contient toute une série de précisions à apporter quant aux obligations qui pèsent sur Belgacom en ce qui concerne les conditions d'accès au débit binaire.

En ce qui concerne « *la notion de nombre minimum garanti d'utilisateurs par PVP* », L'IBPT énonce dans cet avis des dispositions nouvelles par rapport à celles qui valaient dans le cadre BROBA II 2002, et indique que Belgacom doit présenter à l'Institut une proposition concrète à cet égard dans les 20 jours ouvrables à dater de la publication de l'avis, et 'implémenter' cette proposition, le cas échéant amendée par l'Institut, dans les 60 jours ouvrables. Il y est précisé que cette proposition sera l'objet de discussion entre Belgacom et l'Institut. (point 2.5)

Aux termes de cet avis, Belgacom s'est vue imposer l'obligation de « *garantir, en tout temps et pour tout DSLAM où au moins un user ADSL de ce Bénéficiaire est en service, un minimum de 36 users ADSL*

par Bénéficiaire, par DSLAM et pour un PVP au choix de ce bénéficiaire ».

L'avis contient la précision suivante : « Dans le cadre d'un esprit de 'migrations' importantes vers un cadre BROBA II ADSL du chef du Bénéficiaire concerné, Belgacom devra veiller à garantir un minimum de 108 users, au choix du Bénéficiaire et ce au prix de 'migrations virtuelles' pour ce qui concerne l'excédent par rapport à 36 users 'garanties-gratuitement'. »

L'imposition de cette obligation n'est pas contestée par Belgacom dans le cadre du présent recours. Sa portée fait cependant l'objet de discussions.

17. Belgacom a déposé une requête en annulation de l'avis du 16 janvier 2003 devant le Conseil d'état.

A l'appui de son recours, elle fait valoir que les dispositions de l'arrêté royal précité du 12 décembre 2000 qui prévoient l'obligation pour l'opérateur puissant de déposer une offre de référence en ce qui concerne l'accès au débit binaire et de la soumettre à l'IBPT pour approbation, sont dépourvues de base légale.

Elle invoque par ailleurs le caractère déraisonnable de la décision de lui imposer d'intégrer dans son offre des conditions relatives aux modalités de migration, arrêtées par l'Institut, notamment celle de garantir un minimum de 108 positions, au choix du bénéficiaire, au prix des migrations virtuelles.

15 -10- 2004

18. Sur la base de l'avis du 16 janvier 2003, Belgacom a publié une offre de référence pour l'accès à un débit binaire (version du 3 février 2003), qui contient en annexe un document intitulé « *BROBA 2003 Guaranteed positions & Migrations rules* ».

Après cette publication, des discussions se sont poursuivies entre l'Institut et Belgacom sur les conditions d'exécution par Belgacom des demandes de migration ou de concentration émanant des autres opérateurs, lesquelles ont fait l'objet d'une correspondance entre les parties.

Belgacom a communiqué à l'IBPT une nouvelle proposition relative au nombre de positions garanties et aux migrations, intitulée '*BROBA 2003 Guaranteed Positions & Migrations rules*', version du 23 avril 2003, qui est une version amendée d'une proposition antérieure du 17 avril 2003.

Par lettre du 18 avril 2003, l'Institut annonçait à Belgacom son intention d'adopter un complément d'avis portant sur les modifications que Belgacom devrait apporter à son offre.

- l'acte attaqué

19. Le complément d'avis adopté par le Conseil de l'IBPT le 2 juin 2003 et notifié à Belgacom le 4 juin 2003, intitulé '*complément à l'avis BROBA 2003 relatif aux aspects « Guaranteed positions and related migrations rules »*' constitue la décision attaquée. Il porte sur le document « *BROBA 2003 Guaranteed positions & migrations rules* » du 23 avril 2003, précité, qui est joint au complément d'avis.

Il y est indiqué que ledit complément d'avis fait intégralement partie de l'avis du 16 janvier 2003 et qu'il est contraignant pour Belgacom. Aux termes de l'acte attaqué, Belgacom dispose d'un délai de dix jours pour intégrer les modifications requises, sous peine de mise en œuvre de la procédure de mise en demeure visée à l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges⁷.

Le texte précise 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.* »

Belgacom s'est conformée à cette décision.

V. Objet du recours

20. Belgacom conteste la décision précitée en ce que celle-ci impose à Belgacom l'obligation de modifier sur différents points le document intitulé « *BROBA 2003 Guaranteed positions and related migrations rules* ».

Cette décision, et les griefs que Belgacom formule à son encontre, peuvent être résumés comme suit :

(a). En ce qui concerne les principes généraux qui régissent l'offre, l'IBPT exige l'insertion dans l'offre du principe n° 1 rédigé comme suit :

⁷ Moniteur belge du 24 janvier 2003

« Le but du présent document est de définir un cadre où les intérêts du bénéficiaire de l'offre de référence BROBA sont garantis, et dans ce cadre, de définir les solutions les plus pragmatiques et 'less damageable' pour Belgacom. Ceci implique donc que c'est le bénéficiaire 'qui exige' et Belgacom 'qui s'exécute', le bénéficiaire ayant accès à l'ensemble de l'information nécessaire pour pouvoir préciser sa demande. »

Belgacom fait grief à l'IBPT d'avoir ainsi imposé sans le moindre fondement une règle générale de soumission inconditionnelle de Belgacom aux exigences des opérateurs alternatifs, bénéficiaires de l'offre, qui méconnaît le principe de bonne foi dans la conclusion et dans l'exécution des conventions.

(b). En ce qui concerne les tarifs applicables aux opérations que Belgacom doit réaliser pour répondre à une demande de migration, l'Institut a imposé l'ajout de clauses aux termes desquelles la réalisation de l'opération doit se faire à titre gratuit en ce qui concerne les 36 premières positions, et au tarif fixé pour la migration virtuelle entre la 37ème et la 108ème position migrée ou concentrée, le tarif fixé pour la migration physique ne pouvant être appliqué qu'à partir de la 109ème position migrée ou concentrée.

Belgacom critique cette décision en faisant valoir qu'elle méconnaît son droit à exiger, pour les travaux induits par toute opération de migration, une rémunération correspondant aux coûts réels qu'elle engage.

(c). En ce qui concerne la prise en charge des frais liés à la libération de positions, l'IBPT a imposé l'ajout de clauses ayant pour effet, lorsque Belgacom répond à une demande de migration physique, de lui interdire de mettre à charge du bénéficiaire de l'offre les coûts liés à la libération préalable de positions occupées par les utilisateurs finals qui sont clients de Belgacom, sur le DSLAM vers lequel le bénéficiaire de l'offre souhaite que les positions de ses clients soient déplacées afin de les regrouper, s'il n'existe plus de positions libres sur ce DSLAM, interdiction qui vaut même au-delà de la 36ème position.

Belgacom critique cette décision en ce qu'elle aurait pour effet, selon son analyse, de l'obliger à garantir la disponibilité d'un nombre illimité de positions, en lui imposant de supporter les coûts de toute opération de libération de positions nécessaires pour pouvoir répondre à une demande de migration ou de concentration vers un DSLAM au choix du bénéficiaire.

(d). Le complément d'avis impose à Belgacom l'obligation de garantir à titre gratuit la disponibilité de 8 positions SDSL sur tout DSLAM sur lequel au moins un utilisateur final d'un bénéficiaire est connecté.

Belgacom critique cette décision en ce qu'elle lui inflige un préjudice lié aux désagréments que peut provoquer l'interruption des services

SDSL qu'elle fournit aux clients dont la position est transférée et, en conséquence, entraîner pour elle l'obligation de verser des pénalités.

(e). En ce qui concerne les règles régissant l'exécution des demandes de migration et de concentration de positions SDSL, l'IBPT fait obligation à Belgacom de supprimer la clause aux termes de laquelle « *pour les SDSL, cette garantie s'applique uniquement s'il y a des positions SDSL libres sur le DSLAM* ».

Belgacom reproche à l'IBPT d'avoir étendu aux demandes de migration ou de concentration des lignes SDSL, les règles régissant les lignes ADSL, sans prendre en compte les différences entre ces deux techniques qui répondent à des besoins différents.

21. A titre principal, Belgacom demande à la cour de dire pour droit que cette décision est nulle en raison de l'illégalité de l'arrêté royal du 12 décembre 2000, de sorte que les relations entre les opérateurs alternatifs et Belgacom sont régies par les principes applicables en matière contractuelle, et, subsidiairement, en raison du non respect par l'IBPT du délai imparti pour la prendre.

Dans cette seconde hypothèse, mais également dans l'hypothèse où la cour accueillerait les moyens au fond qu'elle présente, Belgacom poursuit la mise à néant de la décision attaquée et demande à la cour de décider que:

- la rémunération qui doit être versée à Belgacom par les opérateurs alternatifs qui sollicitent une migration ou une concentration de leurs positions, doit être orientée vers les coûts correspondants pour Belgacom d'une part, et être fonction de la nature réelle (virtuelle ou physique) des travaux nécessaires pour répondre à la demande de migration ou de concentration, d'autre part.
- dans l'attente de l'issue du recours en annulation qui a été introduit par Belgacom contre l'avis de l'IBPT du 16 janvier 2003, Belgacom est tenue de garantir en tout temps et pour tout DSLAM sur lequel au moins un utilisateur d'un opérateur alternatif est connecté en mode BROBA, la disponibilité de 36 positions, et dans le cadre de « migration importante » de 108 positions, sur ce DSLAM et ce à titre gratuit pour les 36 premières positions garanties et au tarif « migration virtuelle » de la 37ème à la 108ème position garantie.
- par conséquent, lorsque pour répondre à une demande de migration ou de concentration, Belgacom doit au préalable libérer une position sur le DSLAM considéré, cette modification est gratuite jusqu'à la 36ème position garantie, doit être rémunérée au tarif « migration virtuelle » de la 37ème à la 108ème position et au tarif « migration physique » à partir de la 109ème position.

15 -10- 2004

- le premier principe énoncé par l'IBPT dans la décision attaquée doit être remplacé par la mention suivante : « le principe de bonne foi s'applique tant aux négociations BROBA II, qu'à l'exécution des conventions BROBA II, de sorte qu'il n'incombe pas aux opérateurs alternatifs d'exiger et à Belgacom d'obéir, mais à l'ensemble des parties de collaborer de bonne foi, dans le cadre des demandes de migration ou de concentration, et de leur exécution ».
- Belgacom ne doit exécuter une demande de migration ou de concentration de positions SDSL que pour autant qu'au moment de la demande de migration ou de concentration, il reste une position SDSL libre sur le DSLAM envisagé.
- à cet égard, à titre subsidiaire, prendre acte des déclarations de l'IBPT et dire pour droit que lorsqu'un DSLAM est dépourvu de carte en mode SDSL VP Schitching, l'obligation de garantir la disponibilité de 8 positions SDSL n'est pas applicable.

VI. DISCUSSION

A. Sur les moyens de procédure

1. Sur le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de preuve que Belgacom a valablement décidé d'introduire un recours

22. L'IBPT soutient qu'à défaut de production d'une décision prise par l'organe compétent de Belgacom d'introduire le recours, celui-ci doit être déclaré irrecevable.

23. Aux termes de l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire, l'avocat comparait comme fondé de pouvoirs, sans avoir à justifier d'aucune procuration, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial.

Cette disposition a pour effet que l'existence d'un mandat régulier émanant d'un organe compétent de la personne morale au nom de laquelle l'avocat accomplit un acte de procédure, est légalement présumée.

Elle serait vide de tout sens si comme le prétend l'IBPT, elle ne faisait pas obstacle à ce que la partie contre laquelle l'acte de procédure est invoqué, puisse invoquer le simple défaut de production d'un mandat, sans apporter le moindre indice de l'absence de mandat régulier, pour soutenir que l'acte accompli est dépourvu d'effets.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

2. Sur le moyen tiré du défaut d'urgence, présenté par l'IBPT

24. 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.

25. 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 »), et non introduire une cause de déchéance du droit d'agir en justice.

3. Sur le moyen présenté par l'IBPT et tiré du défaut d'intérêt

26. Au jour où l'affaire a été prise en délibéré, l'offre 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.

27. 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 l'acte attaqué suppose que l'annulation totale ou partielle de l'acte soit 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.

Le recours conserve un intérêt notamment dans la mesure où une annulation de l'acte modifie 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 peut 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 être exclusive de 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.

28. La décision attaquée n'a pas un caractère purement confirmatif de l'avis de l'IBPT du 16 janvier 2003, non attaqué dans le cadre du présent recours, ce qui n'est pas contesté.

B. Sur le moyen de nullité de Belgacom tiré de l'illégalité des dispositions de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 relatives à l'accès à un débit binaire

29. 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 ne peut s'interpréter en ce sens que les autorités réglementaires *doivent* être dotées du pouvoir d'intervention décrit dans

15 -10- 2004

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.

15 -10- 2004

30. 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.⁸ 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 « *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.

31. 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 (supra, point 6).

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

⁸ CJCE, 19 décembre 2002, Affaire C-221/01, Commission/Belgique, *Recueil de jurisprudence* 2002, p. I-07835

pouvoir de l'imposer en vue d'exécuter celle-ci et d'atteindre le résultat recherché.

32. 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 au 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 que cette disposition 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.

33. 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 habilite 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.

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

34. 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.

35. Belgacom déduit des dispositions précitées que l'IBPT est habilité à adopté 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 2 juin 2003, après l'expiration du délai imparti à l'IBPT pour indiquer les modifications à apporter à l'offre de référence.

36. 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 en matière de positions garanties et de migrations et d'implémenter celle-ci, le cas échéant amendée par l'Institut, dans les délais qu'elle fixe d'autorité. Belgacom ne pourrait en conséquence prétendre avoir été prise au dépourvu par cette décision.

15 -10- 2004

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 ».

37. 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 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 disposition⁹ en vertu de l'article 109 quater de la loi du 21 mars 1991.

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 le document «*BROBA 2003 Guaranteed Positions & Migrations rules* ».

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, mit Belgacom en demeure de modifier son offre de référence et 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.

38. 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

⁹ 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.

référence, les dates auxquelles celle-ci doit être communiquée à l'Institut, examinée par celui-ci et publiée en tenant compte des modifications imposées par l'Institut.

Eu égard à la nature de l'acte soumis au contrôle de l'IBPT, et à l'objectif de ce contrôle, il y 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 utiles 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.

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.

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 d'un tel pouvoir.

15 -10- 2004

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 passé¹⁰. 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.

39. 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

¹⁰ Jacques Salmon, Le Conseil d'Etat, Bruylant 1994, pages 351 et svtes.

1 5 -10- 2004

prises dans le complément d'avis du 2 juin 2003, l'IBPT aurait fait état de l'obligation qui pèse sur Belgacom de tenir son offre à jour.

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.

En l'espèce, l'IBPT s'est uniquement appuyé sur sa propre décision, contenue dans l'avis du 14 janvier 2003, d'enjoindre à Belgacom de lui présenter dans les 20 jours ouvrables à dater de la publication de l'avis, une nouvelle proposition concrète, et à implémenter cette proposition, le cas échéant amendée par l'Institut, endéans les 60 jours.

En outre, en indiquant dans la décision attaquée que celle-ci fait partie intégrante de l'avis concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire qui a été approuvé le 16 janvier 2003 par le Ministre des Télécommunications, et qu'elle a pour objet de fournir des explications à certains aspects de cet avis et des éclaircissements sur l'exécution de certains aspects annoncés, l'IBPT n'a pu considérer que le complément d'avis se rapportait à l'obligation de tenir l'offre à jour.

40. 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.

D. Sur le bien fondé du recours

41. 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 à l'avis BROBA 2003 de l'IBPT relatif aux aspects Guaranteed positions and related

migrations rules », et que le recours en annulation est dans cette mesure, fondé.

Il n'y en revanche pas lieu d'annuler la décision attaquée en ce qu'elle tient lieu d'avis non contraignant et de notification par l'IBPT de sa décision de ne pas approuver le document contenant l'offre de Belgacom, joint à son courrier du 23 avril 2003, et annexé à la décision attaquée.

42. Par ailleurs et eu égard au motif retenu, la cour ne saurait faire droit au recours de Belgacom en ce qu'il tend à entendre édicter par la cour des modalités techniques et/ou commerciales de l'accès au débit binaire pour l'année 2003 se substituant à celles édictées par l'IBPT par sa décision du 2 juin 2003.

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.

Le dit fondé dans la mesure ci-après,

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 dit pour droit 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 ».

Le dit non fondé pour le surplus.

Met les dépens à charge de l'IBPT, liquidés en ce qui le concerne à 186 + 55,78 + 466,04 euros et en ce qui concerne Belgacom à 466,04 euros.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **15 -10- 2004**

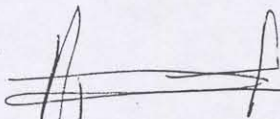
15 -10- 2004

où étaient présents :

Christine SCHURMANS, Conseiller ff président,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
André DUVAL, Conseiller suppléant,
Patricia DELGUSTE, Greffier,




P. DELGUSTE



A. DUVAL



H. MACKELBERT



Ch. SCHURMANS

15 -10- 2004