

25 JUN 2010

C.07.0544.F/1

*Arrêt 00021*

COPIE NON SIGNÉE adressée conformément à l'article  
792 du Code judiciaire.  
EXEMPT du DROIT d'EXPÉDITION : art. 280, 2°. C. Enreo 7563

## Cour de cassation de Belgique

### Arrêt

N° C.07.0544.F

**BELGACOM**, société anonyme de droit public dont le siège social est établi à  
Schaerbeek, boulevard du Roi Albert II, 27,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Ludovic De Gryse, avocat à la Cour de cassation, dont  
le cabinet est établi à Bruxelles, rue de Loxum, 25, où il est fait élection de  
domicile,

**contre**

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES  
TELECOMMUNICATIONS**, personne morale de droit public dont les  
bureaux sont établis à Saint-Josse-ten-Noode, avenue de l'Astronomie, 14/21,

défendeur en cassation,

représenté par Maître Michel Mahieu, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 523, où il est fait élection de domicile.

## **I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 11 mai 2007 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le conseiller Christine Matray a fait rapport.

L'avocat général délégué Philippe de Koster a conclu.

## **II. Les moyens de cassation**

La demanderesse présente deux moyens libellés dans les termes suivants :

### ***Premier moyen***

#### ***Dispositions légales violées***

- *articles 149 et 159 de la Constitution ;*
- *article 92bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, remplacé par l'article 40 de la loi du 19 décembre 1997, modifié par la loi du 3 juillet 2000, avant son abrogation par l'article 155 de la loi du 13 juin 2005.*

#### ***Décisions et motifs critiqués***

*L'arrêt attaqué, ayant déclaré le recours partiellement fondé, « annule la décision entreprise en ce qu'elle enjoint à [la demanderesse] de soumettre [au défendeur] dans les 10 jours ouvrables une nouvelle offre de référence et de publier une offre de référence BROBA I ».*

*BROBA est l'abréviation de « Belgacom Reference Offer for Bitstream Acces » (offre de référence de Belgacom relative à l'accès à un débit binaire).*

*Répondant au moyen invoqué par la demanderesse, fondé sur « l'illégalité de la décision entreprise à défaut de base légale », l'arrêt rejette ce moyen sur la base des motifs suivants :*

*« 1. Sur le défaut de base légale de l'arrêté royal du 12 décembre 2000*

*3. [La demanderesse] soutient que l'arrêté royal du 12 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications, en y insérant les articles 6septies, 6octies et 6nonies, est dépourvu de tout fondement légal de sorte que, en vertu de l'article 159 de la Constitution, son application doit être écartée ; selon [la demanderesse], la décision attaquée, en ce qu'elle constitue l'exercice par [la défenderesse] d'une compétence qui lui a été dévolue par un arrêté illégal, est affectée du même vice d'illégalité.*

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

*Dans son avis sur le projet d'arrêté royal, la section de législation du Conseil d'Etat a confirmé que l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 en constituait le fondement légal. Il est dit en effet :*

*'En droit interne, l'accès spécial fait l'objet de l'article 109ter, § 3, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, en vertu duquel l'organisme puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes est tenu de répondre de manière non discriminatoire à toute demande raisonnable de « connexion, notamment l'accès à des points autres que les points de raccordement offerts à la majorité des utilisateurs finals ». D'autre part, l'article 106, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, de la même loi prévoit que les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne l'accès spécial. Enfin, l'article 92bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, n), habilite le Roi à fixer, parmi les conditions d'autorisation d'exploitation de réseaux publics de télécommunication, « les*

*conditions visant à prévenir un comportement anticoncurrentiel, et notamment les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence ». Il résulte des considérations qui précèdent que le Roi est habilité à prévoir, conformément à l'article 16, § 4, de la directive 98/10/CE précitée, à l'article 1<sup>er</sup>, § 4, du règlement en projet et à l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991, des obligations particulières pour les organismes puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes, en matière d' « accès à un débit binaire »'.*

*Des dispositions qui mettent à charge des opérateurs notifiés puissants des obligations ayant pour objectif de conférer [au défendeur] les moyens de veiller à la transparence des conditions et modalités auxquelles les organismes puissants subordonnent la fourniture de l'accès spécial et à leur comptabilité avec l'obligation qui pèse sur ceux-ci de fixer des conditions qui soient non discriminatoires, équitables et raisonnables, ne dépassent pas le cadre des compétences dévolues au Roi par l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991.*

*Parmi ces conditions peuvent figurer celles visant à prévenir un comportement anticoncurrentiel et, notamment, les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence (cf. article 92, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, n)).*

*Dès lors que l'obligation de publier une offre de référence sous le contrôle [du défendeur] est une mesure qui est de nature à rencontrer cet objectif, elle pouvait être adoptée par le Roi en vue de transposer l'article 16 de la directive 98/10 CE relatif à l'accès spécial au réseau, en particulier les paragraphes 4, 5 et 6 de cet article.*

*La circonstance que cette directive a été abrogée par la directive 2002/21/CE avec effet au 25 juillet 2003, soit à une date antérieure à la décision attaquée, n'a aucune incidence sur la solution à adopter. En effet, aux termes de l'article 7 de la directive 2002/19/CE (directive accès), les obligations relatives à l'accès qui étaient applicables avant son entrée en vigueur doivent être maintenues jusqu'à ce que les obligations aient été réexaminées et qu'une décision les concernant ait été prise, conformément au*

*paragraphe 3. Il n'y a donc pas lieu de considérer que les dispositions de l'arrêté royal du 22 juin 1998 sont devenues caduques ».*

*De ces considérations, il ressort que l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques constitue, aux yeux de la cour d'appel, le fondement légal de l'arrêté royal du 12 décembre 2000.*

### **Griefs**

#### **Première branche**

*1.1. Dans ses conclusions de synthèse, [la demanderesse] avait soutenu que l'article 92bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 n), de la loi du 21 mars 1991, qui relève du chapitre VII de la loi intitulé « Installations de télécommunications », s'inscrit dans le cadre des autorisations nécessaires pour l'établissement et l'exploitation des réseaux publics de télécommunications et régit le contenu des cahiers des charges accompagnant ces autorisations et que ladite disposition est parfaitement étrangère à toute obligation éventuelle en matière d'accès spécial, lequel, pour sa part, est régi par les seules dispositions précitées (articles 106 et 109ter) inscrites sous le chapitre X intitulé « Opérateurs puissants, orientation sur les coûts et interconnexion ».*

*La demanderesse avait à cet égard insisté sur le fait que la même cour d'appel de Bruxelles :*

*« en a d'ailleurs jugé ainsi dans son arrêt du 15 octobre 2004 : vous avez très clairement rejeté l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 au titre de l'habilitation légale pour prendre l'arrêté royal du 12 décembre 2000, au motif que 'cette disposition concerne les conditions sous lesquelles [le défendeur] peut attribuer des autorisations individuelles d'exploitation d'un réseau public de télécommunications. Elle est étrangère aux conditions dans lesquelles [le défendeur] peut imposer (...) les conditions d'accès au débit binaire' ».*

1.2. L'arrêt attaqué qui, se référant à l'avis du Conseil d'Etat sur le projet d'arrêté royal, considère que l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 constitue le fondement légal de l'arrêté royal du 12 décembre 2000, omet de répondre aux conclusions d'appel de la demanderesse qui, dans le moyen précité, avait, en invoquant notamment les termes d'un arrêt de la même cour d'appel, expliqué pourquoi l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 ne pouvait constituer le fondement légal de l'arrêté royal du 12 décembre 2000.

1.3. A défaut de réponse à ce moyen, régulièrement invoqué en conclusions, l'arrêt attaqué n'est pas régulièrement motivé et viole dès lors l'article 149 de la Constitution qui oblige le juge à motiver ses décisions et à répondre aux moyens qui lui ont été régulièrement soumis par les parties.

### **Seconde branche**

2.1. L'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 (tel qu'il était applicable le 12 septembre 2004, date de la décision [du défendeur] faisant l'objet du recours de la demanderesse), disposait que :

« § 1<sup>er</sup> L'établissement et l'exploitation de réseaux publics de télécommunications sont soumis à l'octroi d'une autorisation individuelle délivrée par le ministre sur proposition de l'Institut. [Le nombre d'autorisations individuelles susceptibles d'être accordées n'est pas limité, sauf pour des motifs de gestion du spectre radioélectrique].

Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur proposition du ministre, après avis de l'Institut, les conditions sous lesquelles le ministre attribue des autorisations individuelles. Ces conditions formant un cahier des charges peuvent porter sur :

- a) les conditions relatives à la capacité et à la compétence technique ;
- c) la nature, les caractéristiques et la zone de couverture du réseau concerné ;

- d) *les conditions minimales de permanence, de qualité et de disponibilité de ce réseau ;*
- e) *les conditions relatives à la protection des abonnés et des données ;*
- f) *les normes et spécifications techniques minimales du réseau à respecter ;*
- g) *le plan de numérotation ;*
- h) *les redevances dues pour la délivrance, la gestion et le contrôle de l'autorisation ;*
- i) *les conditions d'utilisation du domaine public et des propriétés ;*
- j) *les obligations qui s'imposent à l'exploitant pour permettre le contrôle du respect de l'autorisation ;*
- k) *les droits et obligations en matière d'interconnexion ;*
- l) *les conditions nécessaires pour assurer l'interopérabilité des réseaux, l'égalité de traitement et l'information des utilisateurs, notamment les conditions contractuelles de fourniture du réseau ;*
- m) *les sanctions en cas de non-respect des conditions de l'autorisation, en ce compris la résiliation ;*
- n) *les 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 ;*
- o) *les obligations relatives au service universel ;*
- p) *les modalités de collaboration avec les services d'urgences, en ce compris la communication de l'identité des appelants de ces services ;*
- r) *les conditions nécessaires pour assurer l'équivalence de traitement des opérateurs internationaux.*

*L'autorisation individuelle est valable pour une durée indéterminée.*

*Chaque autorisation fixe les conditions de la fourniture du réseau concerné. Les conditions contenues dans chaque autorisation ne pourront pas être moins contraignantes que les prescriptions contenues dans le cahier des charges applicable.*

*L'autorisation peut être transférée, adaptée, suspendue et retirée par le ministre selon les formes et les conditions fixées par le Roi par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur avis de l'Institut.*

*Dans le cas d'un réseau utilisé conjointement pour des services de télécommunications et des services de radio ou télédistribution, il ne peut être porté atteinte aux programmes sonores ou télévisés par le réseau.*

*Dans tous les cas, les dispositions du Titre III de la présente loi sont d'application.*

*§ 1<sup>er</sup> bis. Une personne morale qui exploite un réseau public de télécommunications ne peut exploiter un réseau câblé de télévision si elle :*

*1° est placée sous l'autorité des pouvoirs publics ou jouit de droits spéciaux,*

*2° détient une position dominante dans une partie substantielle du marché commun pour la fourniture de réseaux publics de télécommunications ou de téléphonie vocale au sens de l'article 87 et*

*3° exploite un réseau câblé de télévision établi en vertu de droits spéciaux dans la même zone géographique.*

*Le ministre peut, après information de la Commission européenne, supprimer l'obligation de séparation juridique telle que prévue à l'alinéa précédent s'il estime que les conditions d'une concurrence suffisante existent sur les infrastructures de boucle locale.*

*§ 2. Les autorisations délivrées aux opérateurs de réseaux de télécommunications en vertu des §§ 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 89 de la présente loi contiennent le cas échéant des dispositions portant sur les conditions telles [qu'elles ont été] stipulées au paragraphe 1<sup>er</sup> du présent article ».*

2.2. Ainsi que la demanderesse l'a fait valoir en conclusions, cette disposition qui relève du chapitre VII de la loi du 21 mars 1991 intitulé « Installations de télécommunications » s'inscrit dans le cadre des autorisations nécessaires pour l'établissement et l'exploitation de réseaux publics de télécommunications et régit le contenu des cahiers des charges accompagnant ces autorisations.

Si cette disposition concerne les conditions sous lesquelles [le défendeur] peut attribuer des autorisations individuelles d'exploitation d'un réseau public de télécommunications, elle est étrangère à toute obligation éventuelle en matière « d'accès spécial », plus particulièrement aux conditions dans lesquelles [le défendeur] peut à l'avance imposer à l'opérateur puissant des conditions d'accès au débit binaire.

2.3. La décision du 12 décembre 2004 du défendeur, faisant l'objet du recours de la part de la demanderesse rejeté par l'arrêt attaqué, était prise en vertu des articles 6septies, 6octies et 6nonies de l'arrêté royal du 22 juin 1998, insérés par l'arrêté royal du 12 décembre 2000.

Ainsi qu'il résulte de l'article 3 de ce dernier arrêté royal, lesdites dispositions légales ont uniquement trait à « l'accès à un débit binaire », ce qui est également constaté par l'arrêt interlocutoire du 14 décembre 2006.

L'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 étant étranger à l'hypothèse de l'accès spécial tel que l'accès à un « débit binaire », il ne pouvait dès lors être légalement considéré comme constituant le fondement légal de l'arrêté royal du 12 décembre 2000.

En considérant l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 comme « le fondement légal » de l'arrêté royal du 12 décembre 2000, l'arrêt attaqué viole dès lors ladite disposition de la loi du 21 mars 1991 en lui attribuant un sens et une portée qu'elle n'a pas.

2.4. En vertu de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois.

*Sur la base de cette règle, le juge ne peut appliquer un arrêté royal dépourvu de fondement légal.*

*2.5. Ainsi qu'il résulte du grief exposé ci-dessus, l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 ne pouvait légalement être considéré comme constituant le fondement légal de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 plus particulièrement des articles 6septies, 6octies et 6nonies, insérés par cet arrêté dans l'arrêté royal du 22 juin 1998 en vertu desquels la décision du défendeur du 12 novembre 2004, faisant l'objet du recours devant la cour d'appel, fut prise.*

*L'arrêté royal du 12 décembre 2000 étant dépourvu du fondement légal que la décision attaquée lui reconnaît à tort, soit l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991, son application aurait, en vertu de l'article 159 de la Constitution et conformément à ce que la demanderesse avait demandé en conclusions, dû être écartée par la cour d'appel.*

*En refusant d'écarter l'application de l'arrêté royal du 12 décembre 2000, l'arrêt attaqué viole l'article 159 de la Constitution.*

### ***Second moyen***

#### ***Dispositions légales violées***

- *article 149 de la Constitution ;*
- *article 19 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges ;*
- *articles 774, alinéa 2, et 1138, 2°, du Code judiciaire ;*
- *principe général du droit dit principe dispositif ;*
- *principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.*

### *Décisions et motifs critiqués*

*L'arrêt attaqué déclare le recours contre la décision du défendeur du 12 novembre 2004 fondé dans la mesure qu'il indique, « annule la décision attaquée en ce qu'elle enjoint à [la demanderesse] de (...) soumettre [au défendeur] dans les 10 jours ouvrables une nouvelle offre de référence et de publier une offre de référence BROBA I ».*

*En ce qui concerne le grief invoqué par la demanderesse « de ne pas avoir été entendue au préalable », l'arrêt attaqué le déclare « non fondé » sur la base des motifs suivants :*

*« 5. [La demanderesse] expose dans son recours qu'elle a demandé à plusieurs reprises, et spécialement dans la lettre du 10 novembre 2004 – laquelle n'est pas produite, [la demanderesse] n'ayant pas déposé de dossier – à être entendue par [le défendeur] sur des points précis. Elle reproche [au défendeur] d'avoir pris sa décision sans avoir procédé à cette formalité ni pris en considération ses explications.*

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

*En attribuant expressément à la cour d'appel de Bruxelles une compétence de pleine juridiction, le législateur a entendu ne pas limiter ses pouvoirs à celui d'annuler les décisions [du défendeur] entachées d'illégalité et lui reconnaître le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise.*

*La constatation d'une éventuelle violation du caractère contradictoire de la procédure administrative, des droits de la défense ou du principe général de droit administratif 'audi alteram partem' n'est cependant pas de nature à entraîner, par elle-même, le bien-fondé du recours en annulation dans la mesure où [la demanderesse] a la possibilité de développer devant la cour [d'appel], qui peut statuer en fait, tous ses arguments dans le cadre de son recours, ce qu'elle ne manque pas de faire. Il convient en outre de tenir compte*

*du fait qu'en l'espèce, la décision prise par [le défendeur] ne consistait pas à prononcer une sanction à l'égard de [la demanderesse].*

*7. Au demeurant, il y a lieu de constater qu'outre l'existence de nombreux contacts préalables entre [le défendeur] et [la demanderesse], une réunion s'est tenue avec [la demanderesse] le lundi 20 septembre 2004, soit avant la constitution du marché du 24 septembre 2004. Par ailleurs, un échange de courrier est intervenu entre les parties les 30 septembre et 6 octobre 2004, et une consultation de [la demanderesse] a eu lieu le 25 octobre 2004 concernant quelques aspects tarifaires. En outre, [le défendeur] a publié sur son site internet son projet de décision le 8 novembre 2004 auquel [la demanderesse] et tous les autres opérateurs ont pu faire valoir leurs observations. Certes, les délais furent très réduits, mais ils sont la conséquence des dispositions légales qui imposent [au défendeur] de respecter un calendrier précis.*

*Par ailleurs, [la demanderesse] se contente d'affirmer que si elle avait été entendue oralement - ce qui n'était pas obligatoire (P. Lewalle, Contentieux administratif, Larcier, 2002, p. 178) - elle aurait pu faire valoir d'autres observations sur le projet de décision, sans cependant préciser lesquelles ni démontrer en quoi ces observations étaient susceptibles de conduire [le défendeur] à adopter une position différente.*

*Enfin, [la demanderesse] n'a pas été traitée différemment de tous les autres opérateurs.*

*De plus, le fait que [le défendeur] a rejeté les explications fournies par [la demanderesse] pour justifier son offre de référence ne saurait fonder la constatation d'une violation par [le défendeur] de la disposition légale invoquée.*

*Il n'est donc pas exact de soutenir que [la demanderesse] n'a pu faire valoir son point de vue.*

*Il s'en déduit que le moyen n'est pas fondé ».*

### **Griefs**

1. En vertu de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications :

« Le Conseil [du défendeur] offre à toute personne directement et personnellement concernée par une décision la possibilité d'être entendue au préalable ».

2. La demanderesse avait fait valoir en conclusions que :

« [La demanderesse] (avait) demandé au défendeur, à diverses reprises, et spécialement dans sa lettre du 10 novembre 2004, à être entendue sur des points précis ;

[Le défendeur] admet n'avoir pas entendu, de manière effective, [la demanderesse],

- n'a pas examiné ni pris en considération les explications fournies par écrit par [la demanderesse] ni répondu de manière positive à sa demande, formulée le 10 novembre 2004 ;

- (...) dès lors que [la demanderesse] a demandé à être entendue et que [le défendeur] a refusé de donner suite à cette demande, celui-ci ne peut pas régulièrement considérer qu'il a eu connaissance des arguments de [la demanderesse] ni que ceux-ci se limitaient aux arguments que [la demanderesse] a développés par écrit ;

- (...) le respect de la règle 'audi alteram partem' (entendre les parties) n'est pas une obligation de pure forme, il s'agit d'un principe qui concerne véritablement le fond, et dès lors le contenu de la décision elle-même, puisque le devoir d'entendre doit être exercé effectivement, ce qui implique que les arguments et informations divers doivent être pris en considération, et donc faire l'objet d'une appréciation. Il s'ensuit que c'est le fond lui-même de la décision qui est affecté par la méconnaissance de ce principe, lequel (...) est consacré par l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 (...).

*D'ailleurs, [le défendeur] ne saurait à la fois soutenir, comme il le fait pourtant, d'une part, que votre cour [d'appel] ne serait pas compétente pour substituer sa propre décision à celle [du défendeur] et, d'autre part, que la légalité de sa décision ne serait pas affectée par la violation de cette règle au motif que [la demanderesse] peut s'expliquer devant votre cour [d'appel] ».*

### **Première branche**

*Comme il a été soutenu en conclusions, le droit dont dispose, en vertu de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003, toute personne directement et personnellement concernée par une décision d'être entendue au préalable et l'obligation imposée au défendeur de respecter ce droit concerne le fond de la décision à prendre par [le défendeur] et n'est pas une obligation de pure forme dont la méconnaissance n'affecterait pas la légalité de la décision dans la mesure où [la demanderesse] pouvait s'expliquer devant la cour d'appel.*

*Le droit de cette obligation résultant de l'article 19 précité n'est pas soumis à la condition qu'une sanction soit prononcée à l'égard de la personne concernée.*

*Le droit « d'être entendu au préalable » tel qu'il est prévu à l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003, implique le droit d'être entendu « oralement ».*

*Ce droit n'est pas soumis à la preuve par celui qui souhaite l'exercer, [la demanderesse], de la pertinence des observations à faire valoir. Le fait que la personne concernée, [la demanderesse], ne soit pas « traitée différemment de tous les autres opérateurs » ne justifie pas le rejet de sa demande d'être « entendue au préalable » conformément au prescrit de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003.*

*L'arrêt, en ce qu'il considère que la constatation d'une éventuelle violation de l'obligation imposée au [défendeur] d'entendre la personne concernée, [la demanderesse], préalablement à une décision prise à son égard n'est pas de nature à entraîner, par elle-même, le bien-fondé du recours en annulation dans la mesure où [la demanderesse] a la possibilité de développer devant la cour d'appel tous ses arguments dans le cadre de son recours et dans*

*la mesure où la décision prise par [le défendeur] ne consistait pas à prononcer une sanction à l'égard de [la demanderesse], donne une interprétation inexacte du contenu, de la portée juridique et des conditions de l'obligation prescrite par l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003. L'arrêt attaqué viole ainsi cette disposition et, dans la mesure où il repose sur une telle interprétation inexacte, il n'est pas légalement justifié.*

*A tout le moins, en rejetant le grief invoqué sur la base de ce motif, l'arrêt attaqué ne répond pas au moyen invoqué en conclusions par lequel la demanderesse soulignait que la méconnaissance de l'obligation imposée par l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 affectait le fond même de la décision et ne constituait pas un simple « vice de forme » dont la méconnaissance n'affecterait pas la légalité de la décision parce que la personne concernée, [la demanderesse], pouvait s'expliquer dans le cadre d'un recours devant la cour d'appel.*

*A défaut de réponse à ce moyen, l'arrêt attaqué n'est pas régulièrement motivé et viole l'article 149 de la Constitution qui oblige le juge à motiver ses décisions et à répondre aux moyens régulièrement invoqués par les parties.*

*L'arrêt attaqué viole également l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 en ce que, contrairement au sens et à la portée juridique de cette disposition, tels qu' [ils ont été] précisés ci-dessus, il considère que la personne concernée (1) ne doit pas être entendue « oralement » (même pas lorsqu'elle le demande), (2) qu'elle devrait prouver la pertinence des observations qu'elle souhaitait faire valoir et qu'elle devrait (3) démontrer qu'elle [est] traitée « différemment de tous les autres opérateurs ».*

### ***Deuxième branche***

*A l'appui du rejet du grief invoqué par la demanderesse, fondé sur le non-respect de l'obligation, prescrite par l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003, de l'entendre préalablement à la décision prise à son égard par le défendeur, l'arrêt attaqué considère que :*

*« [Le défendeur] a publié sur son site internet son projet de décision le 8 novembre 2004, auquel [la demanderesse] et tous les autres opérateurs ont pu faire valoir leurs observations et que 'les délais très réduits' (...) sont la conséquence des dispositions légales qui imposent [au défendeur] de respecter un calendrier précis ».*

*Indépendamment de la critique formulée ci-dessus, en la première branche reprochant à l'arrêt attaqué d'avoir, à tort, considéré qu'il était ainsi satisfait à l'obligation prescrite par l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003, l'arrêt attaqué n'est sur ce point pas régulièrement motivé.*

*Dans ses « conclusions de synthèse », la demanderesse avait en effet fait valoir que :*

*« C'est par un courriel du 8 novembre 2004 que [la demanderesse] a été consultée sur ce projet (de décision) et (que) ses commentaires étaient attendus pour le 10 novembre 2004, soit deux jours plus tard ».*

*La demanderesse ne pouvait « cautionner » cette « approche » « dans la mesure où il s'agit de projets d'avis substantiels (BRUO, 81 pages, BROBA, 160 pages) pour lesquels l'intégralité du texte concerne [la demanderesse] et qui ont un impact majeur tant sur [la demanderesse] que sur les autres opérateurs présents sur le marché ». La demanderesse se référait sur ce point expressément à la lettre du 10 novembre 2004, adressée [au défendeur]. Elle estimait que sa critique était « d'autant plus pertinente » que, en vertu du principe général de bonne administration, notamment consacré par l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003, dit principe « audi alteram partem » contenant l'obligation d'entendre la partie préalablement à la décision qui lui est adressée et destinée, [la demanderesse] devait disposer d'un délai suffisant pour faire valoir ses arguments.*

*L'arrêt attaqué, qui se limite à affirmer que si les délais pour faire valoir des observations sur le projet de décision publié sur le site internet du défendeur furent en effet « très réduits », ils étaient « la conséquence des dispositions légales qui imposent [au défendeur] de respecter un calendrier précis », ne répond pas au moyen précité, régulièrement invoqué en conclusions, et faisant valoir pourquoi le délai de deux jours était insuffisant*

*pour satisfaire à l'obligation d'entendre la partie concernée « au préalable » imposée par l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 et par le principe général qu'il consacre.*

*A défaut de réponse à ce moyen, l'arrêt attaqué n'est pas régulièrement motivé et viole dès lors l'article 149 de la Constitution en vertu duquel le juge doit motiver ses décisions, ce qui implique l'obligation de répondre aux moyens régulièrement invoqués par les parties.*

### ***Troisième branche***

*Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, la demanderesse avait à plusieurs endroits de ses conclusions fait valoir que le défendeur avait refusé de donner une suite favorable à sa demande d'être entendue sur des points précis, formulée par sa lettre du 10 novembre 2004.*

*Ladite lettre se trouve expressément mentionnée dans l'inventaire des pièces, repris dans les conclusions de synthèse de la demanderesse.*

*Ni l'existence de cette lettre ni la demande d'être entendue qui s'y trouvait formulée ne furent contestées par le défendeur.*

*Dans ses « nouvelles conclusions de synthèse », le défendeur rappelle expressément que la demanderesse :*

*« considère qu'elle n'a pas été entendue sur les différents éléments énoncés dans sa lettre du 10 novembre 2004, de sorte qu'il y aurait une violation de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 ».*

*Le défendeur ne conteste pas l'existence de cette lettre ni son contenu. Il répond au grief invoqué par la demanderesse par l'argument que :*

*« la règle de l'audition préalable (...) n'implique nullement une audition orale 'sensu stricto' mais il faut, (...) il suffit, que le destinataire de la décision ait la possibilité de développer ses arguments » et que « tel a été le cas en l'espèce ».*

*L'arrêt attaqué, en rappelant le grief de la demanderesse, fondé sur le défaut d'une suite favorable à la demande d'être entendue, formulée par la demanderesse dans sa lettre du 10 novembre 2004, précise que cette lettre « n'est pas produite, [la demanderesse] n'ayant pas déposé de dossier ».*

*Dans la suite de la motivation de l'arrêt attaqué sur ce point, nulle référence n'est plus faite à ladite lettre.*

*Dans la mesure où l'arrêt rejette ainsi le moyen invoqué par la demanderesse sur la base de la demande formelle faite dans la lettre du 10 novembre 2004, au motif que la cour d'appel ne doit pas tenir compte de cette lettre puisqu'« elle n'est pas produite », l'arrêt attaqué méconnaît le principe dispositif ainsi que l'article 1138, 2°, du Code judiciaire qui consacre ce principe.*

*Cette disposition légale et ce principe général du droit interdisent en effet au juge de se prononcer sur des choses non demandées, d'adjuger plus qu'il n'a été demandé ou d'élever d'office une contestation étrangère à l'ordre public, dont les parties avaient exclu l'existence.*

*En l'occurrence, les parties ayant admis l'existence et le contenu de la lettre du 10 novembre 2004, il n'appartenait pas à la cour d'appel de ne pas avoir égard à ladite lettre parce qu'elle « n'était pas produite ».*

*En élevant d'office une telle contestation, l'arrêt attaqué viole l'article 1138, 2°, et le principe dispositif.*

*Dans la mesure où l'arrêt attaqué n'a pas égard au moyen fondé sur la lettre du 10 novembre 2004 parce que cette lettre « (n'était) pas produite, [la demanderesse] n'ayant pas déposé de dossier », l'arrêt attaqué, à tout le moins, viole les droits de la défense de la demanderesse en élevant d'office une contestation relative à l'existence de ladite lettre, qui était expressément mentionnée dans les conclusions des deux parties et reprise comme pièce dans l'inventaire faisant partie des conclusions de la demanderesse. Dans ces circonstances, la cour d'appel, avant de rejeter le moyen fondé sur ladite lettre sur la base du motif critiqué, aurait dû, le cas échéant après une réouverture des débats prescrite par l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire, inviter les parties à s'expliquer sur ce point. Pour avoir statué sans prendre cette*

*précaution, l'arrêt viole le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ainsi que l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire.*

### **III. La décision de la Cour**

#### **Sur le premier moyen :**

##### **Quant à la première branche :**

Par les considérations reproduites au moyen, l'arrêt attaqué répond, en les contredisant, aux conclusions par lesquelles la demanderesse soutenait que, selon la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles, l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ne pouvait constituer le fondement légal de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

##### **Quant à la seconde branche :**

Dans sa version applicable aux faits, l'article 92bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, n), de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques habilite le Roi à fixer par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur la proposition du ministre et après avis du défendeur, les conditions visant à prévenir un comportement anticoncurrentiel, et notamment les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence.

Parmi ces conditions, peuvent figurer celles par lesquelles le défendeur impose à l'opérateur puissant les conditions d'accès au débit binaire correspondant à pareil objectif.

Les articles 6septies, 6octies et 6nonies de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications, tels qu'ils ont été introduits par l'arrêté royal du 12 décembre 2000, ont pour objet de prescrire les modalités selon lesquelles tout opérateur puissant est tenu de publier chaque année une offre de référence pour l'accès à un débit binaire, de répondre aux demandes d'accès, de publier les tarifs et de soumettre l'offre préalablement au défendeur qui dispose du pouvoir de la modifier.

En arrêtant ces dispositions, le Roi n'a pas excédé les pouvoirs que lui conférait l'article 92bis précité.

Le moyen qui, en cette branche, repose sur l'affirmation contraire manque en droit.

**Sur le second moyen :**

**Quant à la première branche :**

En énonçant que « la constatation d'une éventuelle violation du caractère contradictoire de la procédure administrative, des droits de la défense ou du principe général du droit administratif *audi alteram partem* n'est [...] pas de nature à entraîner, par elle-même, le bien-fondé du recours en annulation, dans la mesure où [la demanderesse] a la possibilité de développer devant la cour [d'appel], qui peut statuer en fait, tous ses arguments dans le cadre de son recours, ce qu'elle ne manque pas de faire », l'arrêt répond aux conclusions de la demanderesse soutenant le contraire.

Pour le surplus, aux termes de l'article 19, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, le Conseil du défendeur offre à toute personne directement et personnellement concernée par une décision la possibilité d'être entendue au préalable.

Cette disposition n'impose pas que la personne concernée soit entendue oralement.

L'arrêt, qui constate « qu'outre l'existence de nombreux contacts préalables entre [les parties], [la demanderesse] a été entendue le 20 septembre 2004, avant la consultation du 24 septembre 2004, et que [le défendeur] a publié sur son site internet son projet de décision le 8 novembre 2004, auquel [la demanderesse] a pu faire valoir ses observations par écrit, ce qu'elle a fait le 10 novembre 2004 », et qui considère qu'il « n'était pas obligatoire » de l'entendre oralement, justifie légalement sa décision de dire non fondé le moyen déduit par la demanderesse de l'inobservation de l'article 19, alinéa 1<sup>er</sup>, précité.

Les autres considérations de l'arrêt que critique le moyen, en cette branche, sont, dès lors, surabondantes.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

#### **Quant à la deuxième branche :**

En relevant que « les délais dont a disposé [la demanderesse] furent très réduits mais qu'ils sont la conséquence des dispositions légales qui imposent [au défendeur] de respecter un calendrier précis », l'arrêt répond aux conclusions de la demanderesse que reproduit le moyen, en cette branche.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

#### **Quant à la troisième branche :**

L'arrêt ne fonde pas sa décision de rejeter le moyen déduit par la demanderesse de l'inobservation de l'article 19, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 janvier 2003 sur la constatation que la lettre du 10 novembre 2004 par laquelle la demanderesse avait demandé à être entendue sur des points précis n'a pas été produite devant la cour d'appel.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

**Par ces motifs,**

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de quatre cent quarante euros trente-quatre centimes envers la partie demanderesse et à la somme de cent quatre euros trente-six centimes envers la partie défenderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Paul Mathieu, les conseillers Didier Batselé, Albert Fettweis, Christine Matray et Mireille Delange, et prononcé en audience publique du vingt-cinq juin deux mille dix par le président de section Paul Mathieu, en présence de l'avocat général délégué Philippe de Koster, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

M. Delange

Chr. Matray

A. Fettweis

D. Batselé

P. Mathieu

