



Numéro du répertoire 2017/ 7858
Date du prononcé 11/10/2017
Numéro du rôle 2017/AR/873

Expédition

Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
le	le	le
€	€	€
CIV	CIV	CIV

Non communicable au
receveur

Cour d'appel Bruxelles

Arrêt

Section Cour des marchés

19^{ème} chambre A

Présenté le
Non enregistrable

BPOST S.A., dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES, Centre Monnaie, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0214.596.464,
partie requérante,

représentée par Maître DESMEDT Yvan et Maître K. STAS, avocats à 1000 BRUXELLES, rue de la Régence 4

contre

L'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (« **I.B.P.T.** »), dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35 Ellipse Building, - Bâtiment C,
partie adverse,

représentée par Maître DEPREE Sebastien, Maître VERNET Philippe, avocats à 1050 BRUXELLES, Place Eugène Flagey 7,

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la requête introductive d'instance déposée par la s.a. de droit public bpost (ci-après « bpost »), le 26 mai 2017, en annulation de la décision du conseil de l'IBPT du 21 mars 2017 « concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017 » ;
- les conclusions déposées le 11 août 2017 pour bpost ;
- les conclusions de synthèse déposées le 8 septembre 2017 pour l'IBPT ;
- le dossier administratif déposé par l'IBPT et les dossiers déposés par les parties.

Entendu les conseils de bpost et de l'IBPT à l'audience publique du 13 septembre 2017.

I. RECEVABILITE

1.

Le recours de bpost contre la décision du conseil de l'IBPT du 21 mars 2017 « concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017 » (ci-après la « Décision ») est fondé sur 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 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » (ci-après « loi IBPT-recours »).

Le recours a été formé par requête déposée au greffe le 26 mai 2017, endéans le délai légal de 60 jours à partir de la notification de la Décision qui a été faite à bpost le 29 mars 2017 par courrier électronique et le 31 mars 2017 par courrier recommandé.

Ce recours est recevable, ce qui n'est pas contesté.

II. LE CONTEXTE FACTUEL ET LEGAL ET LA DECISION ENTREPRISE

2.

La Décision concerne l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017.

3.

Les tarifs pleins à l'unité sont les tarifs sans réduction, qui sont appliqués aux utilisateurs particuliers et aux utilisateurs professionnels qui ne bénéficient pas de tarifs réduits pour le dépôt de produits en nombre.

Les tarifs concernent des services postaux qui font partie du service postal universel - tel que défini à l'article 142 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes (ci-après la loi du 21 mars 1991) - assumé par bpost, en sa qualité de prestataire désigné du service universel, et même plus particulièrement du « panier des petits utilisateurs », tel que défini à l'article 144ter, § 1, 1° de cette loi (cfr ci-après).

4.

Dès lors qu'il s'agit de tarifs relatifs à des services faisant partie du service postal universel, ceux-ci sont soumis à un contrôle préalable par l'IBPT, en application de l'article 144ter de la loi du 21 mars 1991 et des articles 29, 31 et 32 de l'arrêté royal du 11 janvier 2006 mettant en application le titre IV de la loi du 21 mars 1991 (ci-après l' « A.R. du 11 janvier 2006 »).

Ces dispositions se lisent comme suit :

Article 144ter de la loi du 21 mars 1991 ¹:

« § 1^{er}

Les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel fourni par le prestataire du service universel sont fixés conformément aux principes suivants:

1°

les prix sont abordables et doivent être tels que tous les utilisateurs, quel que soit leur lieu géographique, aient accès aux services.

Un ensemble de services représentatifs pour le particulier et pour le petit utilisateur professionnel est appelé "panier des petits utilisateurs". Ce panier qui est soumis aux tarifs unitaires comprend:

- *les envois domestiques prioritaires et non prioritaires dont le poids est inférieur ou égal à 2 kg;*
- *le courrier transfrontière sortant prioritaire et non prioritaire dont le poids est inférieur ou égal à 2 kg;*

¹ L'article 144ter transpose lui-même l'article 12 de la Directive 97/67 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 « concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service », telle que modifiée par la Directive 2008/6/CE (ci-après, en version consolidée, « Directive postale »), qui se lit comme suit :

« Les Etats membres prennent des mesures pour que les tarifs de chacun des services faisant partie du service universel soient conformes aux principes suivants:

– les prix sont abordables et doivent être tels que tous les utilisateurs, quelle que soit le lieu géographique et compte tenu des conditions nationales spécifiques, aient accès aux services offerts. Les Etats membres peuvent maintenir ou introduire la prestation de services postaux gratuits destinés aux personnes aveugles et malvoyantes,

– les prix sont orientés sur les coûts et fournissent des incitations à une prestation efficace du service universel. Lorsque des raisons liées à l'intérêt public l'imposent, les Etats membres peuvent décider qu'un tarif uniforme est appliqué sur l'ensemble de leur territoire national et/ou au courrier transfrontière pour des services prestés au tarif unitaire et pour d'autres envois postaux,

– l'application d'un tarif uniforme n'exclut pas le droit pour le ou les prestataires du service universel de conclure des accords tarifaires individuels avec les utilisateurs,

– les tarifs sont transparents et non discriminatoires,

(...).

- les colis postaux domestiques et transfrontières sortants jusqu'à 10 kg;
- les envois recommandés et les envois à valeur déclarée domestiques et transfrontières sortants.

Le prestataire du service universel limite ses augmentations tarifaires annuelles pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs selon un price cap, des procédures et des modalités d'intervention de l'Institut en sus de celles déjà stipulées au § 2, fixées par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres. La réglementation relative au price cap définie aux articles 29, 31 et 32 de l'arrêté royal du 11 janvier 2006 mettant en application le titre IV (Réforme de la Régie des Postes) de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques sera d'application et sera maintenue dans cet arrêté.

Pour les envois de correspondance appartenant au service universel, le prestataire du service universel doit proposer au moins un tarif public réduit qui dépend de conditions de dépôt minimales. Cette réduction est orientée sur les coûts évités par rapport aux services standards ;

2°

les tarifs sont orientés sur les coûts ;

3°

le tarif est identique sur toute l'étendue du territoire du Royaume quels que soient les lieux de levée et de distribution ;

4°

les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires. Tant les prix que les conditions sont appliqués sans discrimination ;

5°

lorsqu'il applique des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs utilisateurs, un prestataire du service universel respecte les principes de transparence et de non-discrimination tant en ce qui concerne les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Les tarifs s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers que dans les relations entre les tiers et les prestataires du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont également à la disposition des utilisateurs, notamment les particuliers et les petites et moyennes entreprises, qui ont recours aux services postaux dans des conditions similaires.

§ 2

En cas d'augmentation des tarifs pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs des services postaux universels mentionnés au § 1^{er}, 1°, tous les documents

relatifs au calcul du prix de revient sont communiqués à l'Institut préalablement à la modification et au plus tard au 1^{er} septembre de l'année n-1 en vue de l'approbation de l'augmentation des tarifs. L'Institut examine les principes tarifaires d'orientation sur les coûts, l'uniformité, la non-discrimination, la transparence ainsi que l'abordabilité. L'Institut évalue l'abordabilité sur la base du respect des principes exposés au § 1^{er}, 1°. Si l'un de ces principes n'est pas respecté, l'Institut refusera la hausse tarifaire proposée par le prestataire désigné du service universel.

L' Institut dispose d'un mois à partir du jour de la réception de la demande des augmentations tarifaires pour communiquer ses observations. Au cas où l'Institut est d'avis que le dossier est incomplet, il doit faire savoir dans les dix jours ouvrables de la réception quelles informations manquent.

Est considéré comme jour ouvrable chaque jour civil autre qu'un samedi, dimanche ou jour férié légal.

Le délai d'un mois est suspendu jusqu'au moment de la réception des informations manquantes dans le dossier.

(...). »

Articles 29, 31 et 32 de l'A.R. du 11 janvier 2006 :

Article 29 :

« § 1^{er}

Les augmentations tarifaires par rapport aux tarifs pleins pour les services compris dans le panier des petits utilisateurs mentionnés à l'article 144ter sont effectuées conformément aux principes définis au présent Titre.

§ 2

Les modifications tarifaires peuvent être appliquées à partir du 1^{er} janvier de chaque année. Elles ne doivent pas être appliquées en même temps et peuvent être étalées au cours de l'année.

§ 3

Lorsque au cours d'une année civile, le prestataire du service universel augmente ses prix dans une mesure moindre que celle autorisée en raison de l'application des formules mentionnées ci-dessous, il peut utiliser la marge restante au cours des trois années suivantes. La même règle est d'application en cas d'absence de modification tarifaire.

§ 4

Les prix obtenus à la suite de l'application de la formule décrite ci-dessous sont arrondis au cent supérieur ou inférieur d'un euro, même si de ce fait l'augmentation tarifaire est supérieure au maximum qui résulte de l'application de cette même formule.

§ 5

Il n'est pas tenu compte des baisses de prix lors de l'application de la formule mentionnée à l'article 31, 1^o, du présent arrêté.

§ 6

En ce qui concerne le courrier transfrontière sortant et les colis postaux transfrontières sortants, les augmentations tarifaires résultant directement d'une augmentation des frais terminaux payés par le prestataire du service universel ne seront pas prises en compte pour l'application de la formule prévue dans cet article. »

Article 30 :

« Le prestataire du service universel limite ses augmentations tarifaires annuelles qui portent sur les services faisant partie du panier des petits utilisateurs mentionné à l'article 144ter de la loi selon les règles de calcul visées à l'article 31. »

Article 31 ² :

« Le prestataire du service universel doit se conformer aux règles suivantes pour le calcul des augmentations tarifaires:

1^o

L'augmentation tarifaire pondérée définie dans la formule portant sur le "panier des petits utilisateurs" visé à l'article 30, est inférieure ou égale à l'augmentation de l'indice santé, entre le mois de juillet de la pénultième année et le mois de juillet de l'année n-1 de la mise en application de l'augmentation tarifaire à laquelle s'ajoute un bonus de qualité qui est calculé sur base de la qualité évaluée sur la même période.

Tous les pourcentages (%) doivent être insérés dans cette formule sous forme de nombres compris entre 0 et 100.

M_{j,n}: modification tarifaire du service j au cours de l'année n par rapport à l'année précédente, exprimée en %

W_{j,n-2}: part du chiffre d'affaires du service j durant l'année n ? 2 divisé par le chiffre d'affaires total du panier durant cette même année, exprimée en %

N: nombre de services repris dans le panier

n: année au cours de laquelle l'augmentation tarifaire est appliquée

² Version telle qu'issue de la modification de la disposition par l'A.R. du 19 avril 2014 (M.B., 27 mai 2014).

In-1: valeur de l'Indice Santé en juillet de l'année n ? 1 précédant la mise en application de l'augmentation tarifaire

In-2: valeur de l'Indice Santé en juillet de la pénultième année n ? 2

QB: Bonus de qualité calculé sur la base de la Qualité Moyenne Réalisée (QMR) ¹[évaluée sur une période de 12 mois à compter du 1er janvier jusqu'au 31 décembre (inclus) de l'année n-2]¹. Si la QMR est inférieure à 90 %, la valeur du QB est fixée à zéro.

QMR: la Qualité Moyenne Réalisée est un indice correspondant au pourcentage du courrier qui est distribué dans les temps et dont le calcul s'effectue selon les modalités prévues à l'article 32 du présent arrêté sur une période de 12 mois à compter du 1er janvier jusqu'au 31 décembre (inclus) de l'année n-2.

2°)

Article 32 :

§ 1^{er}

La qualité moyenne réalisée dont il est question à l'article 31, 1° est mesurée à l'aide d'un indice basé sur un panier des petits utilisateurs composé comme suit:

- courrier égrené intérieur jusqu'à 2 kg, affranchi au tarif "Prior";*
- envois recommandés égrenés intérieurs jusqu'à 2 kg;*
- courrier égrené entrant prioritaire jusqu'à 2 kg;*
- courrier égrené intérieur jusqu'à 2 kg, affranchi au tarif "Non-prior", jusqu'à la suppression de la distinction entre les tarifs "Prior" et "Non Prior" pour le courrier égrené intérieur affranchi au tarif plein.*
- colis égrenés en service intérieur*

§ 2

Chaque année, il est donné une indication de la part de chaque service postal dans l'ensemble des services postaux en concertation entre le prestataire du service universel et l'Institut. L'Institut veillera tout particulièrement à ce que cette partie corresponde à la réalité.

§ 3

A moins que des normes de qualité plus sévères soient convenues par contrat entre le prestataire désigné du service universel et l'Etat, les délais d'acheminement sont de J+1 pour les trois premiers services postaux et de J+2 pour les deux derniers services postaux. Pour chaque service postal du panier des petits utilisateurs, le pourcentage des envois égrenés est mesuré pour lesquels les délais d'envoi respectifs ont été réalisés (en d'autres termes, le pourcentage d'envois qui sont remis à temps).

§ 4

Le respect de ces délais est mesuré comme suit:

- *Le respect des délais d'acheminement du courrier égrené intérieur affranchi au tarif "Prior" est mesuré selon la norme CEN EN 13850 "Services postaux – Qualité de service – Mesure du délai d'acheminement des services de bout en bout pour le courrier prioritaire égrené". La mesure du respect des délais est effectuée sous le contrôle de l'Institut. Les résultats du contrôle des critères de qualité sont publiés chaque année sur le site Internet de l'Institut;*
- *Le respect des délais d'acheminement du courrier égrené intérieur affranchi au tarif "Non-prior" est mesuré selon la norme CEN EN 14508 "Services postaux – Qualité de service -Mesure de la qualité de service de bout en bout pour le courrier individuel non prioritaire". La mesure du respect des délais est effectuée sous le contrôle de l'Institut. Les résultats du contrôle des critères de qualité sont publiés chaque année sur le site Internet de l'Institut;*
- *Le respect des délais d'acheminement du courrier égrené entrant est mesuré selon la norme reconnue internationalement CEN EN 13850 (UNEX). Les résultats du contrôle des critères de qualité sont publiés chaque année sur le site Internet de l'Institut;*
- *Le respect des délais d'acheminement des autres services postaux qui composent l'ensemble des services postaux destinés au petit utilisateur, visé à l'article 32, § 1 est mesuré selon une méthodologie établie conjointement par l'Institut et le prestataire du service universel. Les résultats du contrôle des critères de qualité sont publiés chaque année sur le site Internet de l'Institut;*

5.

Le 29 août 2016, en application de la réglementation rappelée ci-avant, bpost transmet à l'IBPT une demande d'augmentation des tarifs pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs, à partir du 1^{er} janvier 2017.

6.

Courant septembre³, l'IBPT demande à bpost la communication de document et/ou renseignements complémentaires, ce que celle-ci fait les 14, 20 et 26 septembre 2016.

7.

Le 7 octobre 2016, l'IBPT communique à bpost un premier projet de décision, en vue de recueillir ses observations sur ce projet pour le 21 octobre.

Ce projet contient un changement par rapport aux décisions annuelles antérieures en ce qui concerne le respect du principe d'orientation sur les coûts. L'IBPT y indique en effet avoir fait

³ Les 6, 16 et 23 septembre 2016.

le choix d'une (nouvelle) méthodologie à suivre pour la vérification de ce principe, méthodologie décrite de manière détaillée dans une « Note méthodologique pour la vérification du principe d'orientation sur les coûts des tarifs fournis par le prestataire du service universel postal » rédigée pour son compte par le consultant allemand WIK GmbH.

Selon cette méthodologie, la vérification est effectuée pour six groupes de produits (- lettres nationales ; - lettres nationales services supplémentaires ; - paquets nationaux ; - lettres internationales ; - lettres internationales services supplémentaires ; - paquets internationaux). Les coûts prix en considération sont les coûts de bpost pour 2015, et les revenus estimés sont basés sur les revenus 2015 mais en tenant compte des prévisions d'évolution de volumes de bpost.

Pour l'appréciation du caractère orienté sur les coûts des tarifs, la méthodologie tient compte d'une marge raisonnable à laquelle bpost doit pouvoir prétendre. La marge est calculée sur base du coût réel du capital de bpost.

Appliquant cette méthodologie, l'IBPT conclut que la proposition tarifaire de bpost ne permettrait pas de rencontrer l'obligation d'orientation sur les coûts et, pour cette raison, refuse l'augmentation sollicitée.

8.

Le 12 octobre 2016, bpost sollicite une extension du délai pour communiquer ses observations, extension que l'IBPT lui accorde le 17 octobre 2016, jusqu'au 7 novembre 2016.

Le 7 novembre, bpost communique à l'IBPT ses observations écrites, ainsi qu'une opinion de l'expert Damier Geradin et un rapport de Frontier Economics concernant la méthodologie proposée par l'IBPT et son consultant (WIK).

9.

Le 14 novembre, une réunion technique se tient à l'IBPT avec bpost.

Le 18 novembre, bpost adresse à l'IBPT des observations écrites complémentaire et invite à cette occasion l'Institut à approuver sa proposition tarifaire pour 2017, le cas échéant avec une réserve en ce qui concerne l'orientation sur les coûts.

Bpost réitère cette invitation par lettre du 25 novembre.

10.

Le 2 décembre 2016, l'IBPT consulte la Commission européenne concernant l'interprétation du principe d'orientation sur les coûts tel que défini dans la Directive postale. La Commission répond le 16 décembre que, sur la base des informations disponibles, elle n'aperçoit pas en quoi le projet de décision de l'IBPT pourrait violer l'article 12, premier ou deuxième tiret de la Directive postale.

11.

Le 22 décembre, l'IBPT communique à bpost pour observation un deuxième projet de décision, adapté par rapport au premier mais maintenant le refus de l'augmentation tarifaire sollicitée au motif d'un défaut d'orientation sur les coûts. La méthodologie appliquée pour apprécier le principe d'orientation sur les coûts a évolué par rapport au premier projet, notamment en ce que la marge jugée acceptable n'est plus calculée sur la base du coût réel du capital pour bpost, mais sur la base des bénéfices sur les ventes (ou « *return on sales* » / « *RoS* »). Le bénéfice raisonnable est fixé à maximum 15 % de *return on sales*.

12.

Le 23 décembre, bpost sollicite l'accès à de nouvelles pièces du dossier administratif et un délai jusqu'au 15 février pour communiquer à l'IBPT ses observations.

L'IBPT accède à ces demandes et, le 15 février 2017, bpost communique ses observations.

13.

Le 21 mars 2017, l'IBPT adopte la Décision contestée. Il la communique à bpost par courrier électronique le 29 mars et par courrier recommandé le 31 mars 2017. La Décision est en substance identique au second projet de décision.

L'IBPT y considère que l'obligation au principe d'orientation sur les coûts constitue, tant à l'article 12 de la Directive qu'à l'article 144^{ter} de la loi du 21 mars 1991, une obligation supplémentaire et distincte de l'obligation d'abordabilité.

La Décision indique aussi :

« 84. A cet égard, l'IBPT considère qu'outre les termes clairs de l'article 12 de la directive, en ce qu'il distingue les deux principes d'abordabilité et d'orientation sur les coûts, il résulte des travaux préparatoires de la directive 97/67 et de son contexte réglementaire ainsi que de l'interprétation de ce principe donné ultérieurement par la Commission européenne que le principe d'orientation sur les coûts dont la conformité est vérifiée dans la présente décision vise cinq objectifs :

- *premier objectif : l'absence de prix prédateurs (interdiction des tarifs en-dessous des coûts) ;*
- *deuxième objectif : l'absence de subsides croisés ;*
- *troisième objectif : l'absence de tarifs excessifs (interdiction des tarifs largement au-dessus des coûts) ;*
- *quatrième objectif : assurer que les utilisateurs finals bénéficient des gains d'efficacité ;*
- *cinquième objectif : garantir la stabilité financière du service universel.*

(...)

100. *En réalité, les deux mécanismes sont différents et leur application respective est susceptible d'évoluer différemment. Le price cap visé par l'article 144 ter, §1er, 1° de la loi belge du 21 mars 1991 n'a jamais été fixé ni calculé en lien avec tous les coûts de bpost relatifs aux services concernés mais seulement avec l'un d'entre eux, représentant une faible proportion du coût total : l'inflation pour l'année considérée. La loi et la réglementation prévoient aussi le relèvement de ce price cap par des boni de qualité en termes de délais d'acheminement, lesquels sont étrangers aux coûts du prestataire du service universel³⁶. Le price cap concerne uniquement les augmentations tarifaires et non la vérification, à l'occasion d'une augmentation tarifaire, de la conformité du tarif dans sa totalité au principe d'orientation sur les coûts et notamment à l'appréciation de la marge réalisée par le prestataire du service universel³⁷. Le niveau actuel du price cap est élevé (notamment grâce aux boni de qualité dont bpost a bénéficié dans le passé) et a permis à bpost de faire d'importants bénéfices. Etant en réalité étranger aux coûts de bpost, hormis l'inflation de l'année considérée, le price cap visé à l'article 144 ter §1, 1° n'est pas non plus appelé à varier en raison d'une variation des coûts de bpost.*

(...)

133. *Tout comme le prévoyait la méthodologie proposée initialement, la vérification de l'orientation sur les coûts est effectuée non pas pour chaque ligne de produit ou chaque prix retenus individuellement, mais pour six groupes de produits, à savoir :*

- *Les lettres nationales*
- *Les lettres nationales : services supplémentaires*
- *Les paquets nationaux*
- *Les lettres internationales*
- *Les lettres internationales : services supplémentaires*
- *Les paquets internationaux*

134. De la même façon, le choix de la méthode Fully Allocated Costs (FAC) est maintenu car l'IBPT reste convaincu qu'il s'agit de la méthode permettant la meilleure approximation du coût économique sur base de données comptables auditées. En effet, le coût total d'un service n'est pas toujours facile à identifier dans le cas d'une entreprise multi-produits et qui plus est dans le cas d'une entreprise postale où la proportion de coûts communs est importante, ce qui pourrait être source d'erreurs.

135. Ces coûts entièrement répartis sont basés sur les coûts réels de bpost et ne doivent pas être corrigés pour une éventuelle inefficience.

136. Pour effectuer sa vérification, l'IBPT se base sur la totalité des coûts et des revenus issus de la comptabilité analytique de bpost et devant être audités par le Collège des Commissaires. Les données disponibles les plus récentes en termes de coûts et de revenus étant celles de 2015, une estimation des revenus pour l'année 2017 est effectuée sur base des prévisions d'évolution des volumes communiquées par bpost pour chacun des six groupes de produits. Pour ce qui concerne les coûts, l'IBPT part du principe que ceux-ci seraient identiques sur la période 2015-2017 indépendamment des baisses de volumes prévues sur la période et ce, afin d'éviter au maximum toute sous-estimation.

137. Pour ce qui concerne le bénéfice raisonnable, celui-ci est fixé à maximum 15% de return on sales (RoS). L'IBPT entend ainsi tenir compte des critiques de bpost à l'égard de l'utilisation du WACC et du return on assets initialement prévus pour définir le taux de bénéfice raisonnable.

138. En effet, l'IBPT conçoit que, bien que cette mesure soit en théorie économique la plus appropriée et en règle générale la plus utilisée car elle permet de rémunérer l'intérêt du capital mobilisé pour assurer la prestation d'un service, la définition du taux de rendement raisonnable sur base du capital utilisé n'est probablement pas la plus appropriée au cas du secteur postal dans la mesure où les activités postales sont caractérisées par une forte utilisation de main d'oeuvre et une faible intensité capitalistique. En outre, le WACC peut s'avérer être une mesure très volatile et l'évaluation des actifs ainsi que leur répartition entre les différents services appartenant au service universel s'avèrent être des tâches complexes.

139. Dans ce contexte, l'IBPT estime que l'utilisation du RoS est appropriée, les bénéfices sur les ventes étant identifiables et mesurables de manière fiable sur base des données comptables. En outre, la Commission européenne a fait usage de la marge d'exploitation de bpost pour estimer le bénéfice raisonnable de cette entreprise notamment dans le cadre de sa décision aides d'Etat SA.14588 du 25 janvier 2012.

140. Fixer le bénéfice raisonnable à maximum 15% pour chacun des six groupes de produits défini ci-avant, doit permettre de préserver la capacité à investir et innover de bpost, tout en tenant compte des intérêts des utilisateurs finals.

141. Après vérification, au regard des informations communiquées par bpost, et des modifications effectuées au niveau de la méthodologie, l'IBPT fait les constats suivants :

- Les tarifs proposés pour l'année 2017 permettraient à bpost de dégager une marge de [CONFIDENTIEL]% pour le groupe de produits « lettres nationales » ;
- les tarifs proposés pour l'année 2017 permettraient à bpost de réaliser une marge de [CONFIDENTIEL]% sur le groupe de produits « lettres nationales: services supplémentaires» ;
- la marge réalisée en 2017 sur le groupe de produits « paquets nationaux » serait de [CONFIDENTIEL] % ;
- les tarifs proposés pour l'année 2017 devraient permettre à bpost de générer une marge [CONFIDENTIEL] % sur le groupe de produits « lettres internationales » ;
- la marge réalisée en 2017 sur le groupe de produits « lettres internationales : services supplémentaires » s'élèverait à [CONFIDENTIEL] % ;
- les tarifs proposés pour l'année 2017 pour les produits du groupe « paquet internationaux » permettraient à bpost de dégager une marge de [CONFIDENTIEL] % ;
- la marge qui serait réalisée par bpost en 2017 sur l'ensemble du panier des petits utilisateurs s'élèverait à [CONFIDENTIEL] %.

142. Au vu des résultats exposés ci-avant, l'IBPT constate que la proposition tarifaire de bpost pour l'année 2017 ne permettrait pas de rencontrer l'obligation d'orientation sur les coûts prévue à l'article 144ter, §1, 2° de la loi du 21 mars 1991. En effet, avec des marges excédant les 15% [CONFIDENTIEL], l'IBPT ne saurait considérer que les tarifs proposés par bpost pour l'année 2017 sont globalement orientés sur les coûts. »

L'IBPT conclut la Décision comme suit :

« 173. Au vu de ce qui précède, s'il apparaît que les hausses des tarifs pleins proposées par bpost pour l'année 2017 respectent l'article 144ter, §1er, 1°, 3° et 4° de la loi du 21 mars 1991, le principe d'orientation sur les coûts énoncé au point 2° de ce même article 144ter, §1er n'est en revanche pas respecté.

174. Par conséquent, l'IBPT se voit dans l'obligation de refuser la demande d'augmentation tarifaire introduite par bpost en date du 29 août 2016 et ce, conformément à l'article 144ter, §2, 2ème alinéa qui stipule que « si l'un de ces principes⁶⁴ n'est pas respecté, l'Institut refusera la hausse tarifaire proposée [...] ».

175. La présente décision concerne le contrôle tarifaire en cas d'augmentation des tarifs du panier des petits utilisateurs en application de l'article 144ter de la loi du 21 mars 1991 et

notamment la manière dont l'orientation sur les coûts est vérifiée dans ce contexte. Elle est sans préjudice d'adaptations possibles tenant compte de l'évolution du régime législatif. »

IV. L'OBJET DU RECOURS DE BPOST

14.

Bpost demande à la cour :

- d'annuler la Décision dans son intégralité ;
- en ordre subsidiaire, d'annuler la Décision « *dans la mesure où [la cour] déclare fondés les moyens individuels invoqués* » ;
- de condamner l'IBPT aux entiers dépens de la procédure, en ce compris l'indemnité de procédure.

Elle invoque et développe sept moyens d'annulation, qu'elle résume comme suit :

« Premier moyen » : *En ce que l'IBPT, en décidant lui-même quel contenu il convient de donner à la notion d'« orientation sur les coûts » en l'absence de toute définition ou orientation dans les textes législatifs, exerce un pouvoir discrétionnaire extrêmement large équivalent à un pouvoir de réglementation générale, voire à un pouvoir législatif, alors que l'IBPT est une autorité administrative indépendante politiquement non responsable qui, de surcroît, agit en l'occurrence sans habilitation législative, l'IBPT outrepassé les limites de ses compétences et viole les articles 33, 37, 101, 106 et 108 de la Constitution ainsi que le principe général de la séparation des pouvoirs ;*

Deuxième moyen : *En adoptant la décision contestée concernant la proposition tarifaire de bpost pour l'année 2017 seulement le 21 mars 2017, alors que bpost a introduit un dossier complet dès le 29 août 2016 et que l'article 144ter, §2, 2e alinéa de la Loi de 1991 dispose que l'IBPT doit prendre une décision endéans un délai d'un mois à partir du jour de la réception de la demande, l'IBPT a pris la décision en dehors du délai fixé par la loi, à tout le moins, en dehors du délai raisonnable ;*

Troisième moyen : *En élaborant une interprétation du principe de l'orientation sur les coûts ainsi qu'une méthodologie pour l'application de ce principe aux propositions tarifaires annuelles de bpost de manière hâtive et non transparente, sans consultation des parties concernées et sans analyse d'impact, l'IBPT a manqué à son devoir de préparer la décision contestée avec diligence et minutie, prenant en compte tous les faits pertinents et s'occupant avec soin des intérêts concernés (première branche du moyen) ; En outre, en appliquant cette interprétation et cette nouvelle méthodologie déjà à la proposition tarifaire de bpost pour 2017, au lieu de procéder en deux temps (élaborant et adoptant d'abord la méthodologie, pour l'appliquer ensuite à la proposition tarifaire suivante), tout en sachant que l'approbation des propositions tarifaires de bpost est soumise à un échéancier très strict (délai de réponse*

d'un mois, application des nouveaux tarifs dès le 1er janvier de l'année suivante), l'IBPT a imposé un calendrier impossible et n'a pas respecté le droit de bpost à une procédure équitable (deuxième branche du moyen) ;

Quatrième moyen : *En interprétant le principe d'orientation sur les coûts comme plafonnant la marge sur les produits appartenant au panier des petits utilisateurs à un maximum absolu de 15 % de rendement sur les ventes, alors que cette interprétation ne trouve aucun soutien dans les textes législatifs ou les travaux préparatoires, est incohérente avec le contexte de la disposition qui prévoit ce principe ainsi qu'avec plusieurs objectifs importants du cadre réglementaire du secteur postal (prestation efficace du service universel, équilibre financier du service universel, promotion de la concurrence), l'IBPT donne une interprétation manifestement erronée à ce principe et viole dès lors l'article 12 de la Directive Postale et/ou l'article 144ter de la Loi de 1991. En ordre subsidiaire, si Votre Cour devait accepter que le principe d'orientation sur les coûts impose un plafonnement de la marge pour éviter des prix excessifs, la notion de « prix excessif » ne peut en l'occurrence de toute façon pas être interprétée autrement qu'en droit de la concurrence ;*

Cinquième moyen : *En adoptant une interprétation du principe de l'orientation sur les coûts tout à fait inédite, que sa pratique décisionnelle antérieure ne laissait pas prévoir, alors que les dispositions légales pertinentes n'ont nullement changé, l'IBPT a radicalement changé les règles du jeu pour la politique tarifaire de bpost de manière non prévisible, violant ainsi le principe de sécurité juridique ;*

Sixième moyen : *La décision contestée étant toute entière fondée sur la prémisse erronée, et en tout cas non démontrée, que bpost est en mesure de se comporter indépendamment de ses clients et de ses concurrents et que ses tarifs ne sont soumis à aucune pression concurrentielle, elle ne repose pas sur des motifs de fait exacts et de nature à justifier la décision, de sorte que celle-ci est viciée par un défaut de motivation matérielle (première branche du moyen) ; A tout le moins, la motivation formelle de la décision est inadéquate et lacunaire en ce que l'IBPT déduit directement de l'existence de parts de marché ou de marges prétendument élevées que bpost n'est soumise à aucune pression concurrentielle et est en mesure d'appliquer, voire applique effectivement, des prix « excessifs », alors que le simple fait qu'une entreprise a des parts de marché ou des marges élevées ne démontre en soi pas que cette entreprise abuse, ou est susceptible d'abuser, de sa position de marché (deuxième branche du moyen) ;*

Septième moyen : *En ce que la décision contestée n'apporte qu'un avantage négligeable aux consommateurs à court terme, mais aura un impact très négatif non seulement sur bpost, mais aussi sur ses actionnaires, son personnel, ses concurrents et, finalement, les utilisateurs du service universel, la décision est non seulement sans rapport raisonnable avec ses objectifs allégués, mais ne respecte pas non plus un juste équilibre entre ces objectifs et les autres intérêts en cause, de sorte qu'elle viole manifestement le principe de proportionnalité et du raisonnable. »*

15.

L'IBPT conclut à titre principal au non-fondement de l'action.

A titre subsidiaire, il demande avant dire droit à la cour de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, concernant l'interprétation et la portée de l'article 12 de la directive postale 97/67.

Il formule dix-huits moyens en défense, qui seront examinés en même temps que les moyens de bpost ; même si ces moyens suivent un autre ordre que celui adopté par bpost, l'IBPT en fournit une table de concordance (cfr p. 9 de ses conclusions).

Ces moyens sont les suivants :

Moyen 1 : *l'IBPT est chargé d'appliquer la loi et, le cas échéant, de l'interpréter en premier lieu, de sorte qu'en précisant dans les circonstances de l'espèce la portée de l'obligation d'orientation sur les coûts édictée à l'article 144ter, § 1er, 2°, de la loi de 1991, l'IBPT est resté dans le cadre des missions que le législateur lui a confiées. [réponse au 1^{er} et 4^{ème} moyen bpost] ;*

Moyen 2 : *l'abordabilité des tarifs et l'orientation sur les coûts, visées à l'article 144ter de la loi de 1991, sont des principes distincts et autonomes s'imposant au prestataire du service universel de sorte que l'IBPT n'a commis aucune erreur de droit en vérifiant simultanément si la hausse sollicitée était abordable et résultait en un tarif orienté sur les coûts [réponse au 1^{er} et 4^{ème} moyen bpost] ;*

Moyen 3 : *le respect du price cap, visé à l'article 144ter, § 1^{er}, 1°, 3^{ème} alinéa, en ce qui concerne l'augmentation du prix d'un service donné ne signifie pas que le prix plein dudit service est nécessairement inférieur au niveau tarifaire qu'impose le respect du principe d'orientation des tarifs en fonction des coûts visé à l'article 144ter, § 1^{er}, 2° [réponse au 1^{er} et 4^{ème} moyen bpost] ;*

Moyen 4 : *le principe d'orientation sur les coûts mis en œuvre par l'IBPT est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour d'appel de Bruxelles, de sorte que l'approche suivie en l'espèce apparaît justifiée en droit [réponse au 1^{er} et 4^{ème} moyen bpost] ;*

Moyen 5 : *l'approche suivie dans la Décision contestée est conforme à la position de la Commission européenne sur la portée des principes tarifaires édictés à l'article 12 de la directive 97/67, telle que modifiée, de sorte qu'une erreur de droit n'apparaît pas vraisemblable en l'espèce [réponse au 1^{er} et 4^{ème} moyen bpost] ;*

Moyen 6 : *à titre complémentaire : les arguments invoqués par bpost ne sont pas de nature à démontrer l'illégalité de l'approche suivie par l'IBPT [réponse au 1^{er} et 4^{ème} moyen bpost] ;*

Moyen 7 : à titre subsidiaire : si la Cour devait s'interroger sur l'articulation des principes visés aux 1^{er} et 2^{ème} tirets de l'article 12 de la directive 97/67, telle que modifiée, il serait nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice sur la portée du principe d'orientation sur les coûts dans le secteur postal, dès lors qu'il s'agit d'une notion autonome de droit européen à interpréter de façon uniforme [réponse au 1^{er} et 4^{ème} moyen bpost] ;

Moyen 8 : aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être reprochée à l'IBPT en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre de l'orientation sur les coûts [réponse au 6^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 9 : aucun défaut de motivation formelle ne peut être reproché à l'IBPT en l'espèce [réponse au 6^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 10 : dès lors que le moyen tiré de la violation des articles 33, 37, 101, 106 et 108 de la Constitution vise en réalité la loi de 1991, ce moyen est irrecevable [réponse au 1^{er} moyen de bpost] ;

Moyen 11 : à titre subsidiaire, la Décision contestée ne viole pas les articles 33, 37, 101, 106 et 108 de la Constitution, ou le principe de la séparation des pouvoirs [réponse au 1^{er} moyen de bpost] ;

Moyen 12 : l'article 144ter, § 2, de la loi de 1991 prévoit un délai pour que l'IBPT communique ses observations ; ce délai a été respecté en l'espèce (le moyen d'annulation de bpost repose sur une interprétation erronée de la loi et manque en droit) [réponse au 2^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 13 : à titre subsidiaire : si le délai d'un mois prévu par la loi de 1991 est dépassé, cela ne fait pas perdre à l'IBPT sa compétence (le moyen d'annulation de bpost repose sur une interprétation erronée de la loi et manque en droit) [réponse au 2^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 14 : le moyen de bpost, tiré d'une violation du devoir de prudence et de minutie et du principe de fair-play, est irrecevable [réponse au 3^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 15 : à titre subsidiaire : le contrôle approfondi de l'orientation sur les coûts a été annoncé à bpost dès le 17 novembre 2015, de sorte qu'il ne peut être fait reproche à l'IBPT de s'être précipité ou d'avoir pris bpost par surprise [réponse au 3^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 16 : à titre complémentaire : l'IBPT n'était pas légalement tenu d'organiser une consultation publique sur le projet de méthodologie ; quand bien même l'eût-il été (quod non), bpost a été consultée de sorte que ni l'article 19 de la loi organique de l'IBPT ni le principe audi alteram partem n'ont été méconnus en l'espèce [réponse au 3^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 17 : la légitime confiance de bpost n'a pas été trompée en l'espèce ; de toute manière, le principe de mutabilité permettait à l'IBPT de changer sa position ou du moins de l'affiner ou de l'approfondir [réponse au 5^{ème} moyen de bpost] ;

Moyen 18 : le moyen pris par bpost d'une violation du principe de proportionnalité et du raisonnable en raison des conséquences néfastes de la Décision contestée n'est pas fondé [réponse au 7^{ème} moyen de bpost].

V. DISCUSSION

Examen du premier moyen : violation des articles 33, 37, 101, 106 et 108 de la Constitution et du principe général de la séparation des pouvoirs

1°- Position des parties⁴

- *Position de bpost*

16.

Bpost considère que l'IBPT est une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité juridique, non soumise à un contrôle hiérarchique ou une tutelle administrative. Elle ne peut dès lors assumer des tâches de réglementation générale.

Selon la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'Etat, l'exercice d'un pouvoir réglementaire par une autorité administrative indépendante telle que l'IBPT n'est admissible que sous deux conditions :

- Premièrement, la responsabilité politique liée à l'adoption du règlement doit être assumée par le gouvernement ou par un de ses membres *via* un mécanisme de tutelle spécifique, par exemple en conditionnant la force obligatoire du règlement à l'approbation de celui-ci par le gouvernement ou le ministre compétent. Cette exigence d'approbation du règlement pris par une autorité administrative indépendante n'est toutefois satisfaisante que si l'autorité qui donne approbation dispose d'un droit d'amendement et conserve un droit d'initiative en cas de carence de l'autorité sous tutelle.

⁴ Les développements repris dans chacune des sections de l'arrêt qui porte ce titre reprennent la position des parties et non celle de la cour (en ce compris les notes de bas de page).

- Deuxièmement, le règlement dont le pouvoir d'adoption est ainsi confié à une autorité administrative indépendante doit se borner à des matières techniques. L'habilitation législative attribuant ce pouvoir doit être complète, précise et limitée.

17.

En l'espèce, lorsque l'IBPT, adopte, dans la Décision, une définition au concept non autrement défini par le législateur d'orientation sur les coûts, ainsi qu'une méthodologie pour son application aux demandes d'augmentations tarifaires de bpost, il exerce un pouvoir réglementaire, ou à tout le moins un pouvoir discrétionnaire extrêmement large.

Ceci est contraire aux principes constitutionnels précités, dès lors que l'IBPT prend cette position en dehors de tout contrôle par une autorité politique responsable étée de surcroît sans habilitation législative spécifique.

En effet, la notion d'orientation sur les coûts n'est définie, ni par la loi du 21 mars 1991, ni par la Directive Postale. L'article 144^{ter} contient seulement une délégation de pouvoir au Roi pour définir un « *price cap* » pour la vérification du caractère abordable des tarifs. Même à considérer que le Roi aurait pu, en vertu de sa compétence générale pour adopter les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois (art. 108 de la Constitution), spécifier le contenu de la notion d'orientation sur les coûts et définir les critères et modalités pour son application, tel n'est assurément pas le cas pour l'IBPT en sa qualité d'autorité administrative autonome politiquement non responsable.

La Décision procède dès lors d'un excès de pouvoir par l'IBPT.

18.

Il serait inexact de considérer que l'IBPT se serait bornée à appliquer la norme (le principe d'orientation sur les coûts) à un cas concret. Dès lors que la norme n'était pas claire, l'IBPT devait déférer la question au législateur.

L'IBPT ne dispose pas du pouvoir d'imposer des obligations supplémentaires non prévues par la loi. Or, la loi ne prévoit évidemment pas un plafonnement de la marge de bpost, et encore moins un plafonnement à 15 % de rendement sur les ventes.

19.

L'IBPT ne peut pas non plus prendre prétexte du fait que la décision contestée est une décision individuelle pour nier le caractère réglementaire de son intervention. Le problème dans le présent cas est précisément que l'IBPT, dans le contexte d'une décision individuelle, qui devait normalement se limiter à appliquer des normes préétablies à un cas concret, a fait office de législation ou de réglementation en donnant un contenu spécifique à la notion d'orientation sur les coûts non définie par la loi. Ce faisant, l'IBPT a pris une mesure de portée générale, dépassant le cadre de la décision individuelle relative à la demande d'augmentation tarifaire de bpost pour l'année 2017.

20.

On ne saurait d'autre part admettre que le contrôle très général et « léger » des activités de l'IBPT prévu par les articles 34 et 35 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (ci-après « loi IBPT-statut »), serait suffisant pour considérer que l'IBPT est soumis à un contrôle parlementaire au sens propre du terme, surtout en ce qui concerne spécifiquement la décision contestée. Il n'est pas contesté que, lorsque l'IBPT adopte des décisions concernant les propositions tarifaires du prestataire du service universel, son action n'est soumise à aucun contrôle hiérarchique ou tutelle administrative. Si dans ce contexte l'IBPT exerce donc un pouvoir législatif ou de réglementation générale, le ministre compétent ou le Gouvernement ne disposent donc d'aucun pouvoir d'intervention. La possibilité réservée au ministre qui a le secteur postal dans ses attributions d'introduire un recours contre les décisions de l'Institut relève plutôt du contrôle juridictionnel et ne signifie en tout cas pas que l'Institut serait, directement ou indirectement, politiquement responsable devant le Parlement. Au mieux, le ministre pourrait avoir à se justifier devant le Parlement de sa décision d'introduire un tel recours ou non.

21.

Enfin, on ne peut soutenir que l'IBPT n'avait d'autre choix que de donner un contenu à la norme, afin d'assurer l'effet utile du droit européen. L'IBPT, chargée depuis 2011 du contrôle préalable des tarifs de bpost relevant du service universel, a en effet attendu plusieurs années avant d'adopter sa position critiquée dans la Décision.

- Position de l'IBPT

22.

L'IBPT estime que la critique formulée par bpost vise en réalité la loi du 21 mars 1991 elle-même, en telle sorte qu'elle est irrecevable (10^{ème} moyen de l'IBPT).

23.

A titre subsidiaire, la Décision ne viole ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles invoquées (11^{ème} moyen de l'IBPT).

La Cour constitutionnelle juge conforme à la Constitution le régime d'indépendance des autorités de régulation, comme elle l'a fait concernant la CREG dans son arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010.

Cette jurisprudence est entièrement transposable à l'espèce.

L'IBPT intervient dans des matières que le législateur a souhaité soustraire au Gouvernement et confier à une autorité publique indépendante. L'article 144^{ter} de la loi de 1991 impose au prestataire du service universel une obligation d'orientation sur les coûts sans en définir le

contenu ni les modalités de mise en œuvre (§ 1^{er}) et charge l'IBPT d'examiner la conformité à cette obligation de toute proposition d'augmentation tarifaire qui lui serait communiquée et, le cas échéant, de la refuser (§ 2). L'article 14 de la loi IBPT-statut confie à celui-ci la mission de contrôler le respect du Titre IV de la loi de 1991, en ce compris les principes tarifaires édictés à l'article 144^{ter}. Il existe donc une habilitation législative.

Par ailleurs, ces matières sont spécifiques, limitées et précises. Il s'agit d'un contrôle de coûts et de revenus induits par un volume d'activités déterminées sur une année donnée. Ce contrôle repose sur des données réelles, des projections et des estimations. Ces matières se caractérisent donc également par un haut degré de technicité.

Les décisions de l'IBPT en ces matières peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel exercé par la cour d'appel de Bruxelles (Cour des marchés) et l'IBPT exerce ses compétences sous le contrôle du Parlement.

Cela ne signifie pas que l'IBPT exercerait un pouvoir réglementaire. Ses décisions, dont la Décision contestée, ont une portée individuelle, tout comme les décisions de la CREG.

24.

L'IBPT est bien soumis à un contrôle parlementaire.

L'article 34 de la loi IBPT-statut prévoit que le Conseil de l'IBPT établit un plan stratégique triennal présenté par le Conseil à la Chambre des représentants. Par ailleurs, chaque année, le Conseil de l'IBPT rédige un rapport annuel d'activités et dans le mois suivant la publication de ce rapport, les membres du Conseil sont entendus par la Chambre des représentants.

L'article 35 de la loi IBPT-statut concernant le budget de l'IBPT, prévoit que celui-ci doit être transmis pour approbation aux ministres du Budget et des Finances et ensuite communiqué à la Chambre des représentants. En outre, les comptes de l'IBPT sont approuvés par les ministres du Budget et des Finances. Les comptes annuels accompagnés du rapport d'activités sont également communiqués à la Cour des comptes, pour vérification.

L'article 36 de la loi IBPT-statut dispose encore que le ministre du Budget exerce « *un pouvoir de contrôle sur les décisions de l'IBPT qui ont une incidence financière et budgétaire* ».

25.

Par ailleurs, en vertu de l'article 2, § 1^{er}, al. 3, de la loi du 17 janvier 2003 (loi IBPT-recours), le ministre qui a le secteur postal dans ses attributions peut lui-même introduire un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, contre toute décision de l'IBPT prise en matière postale.

Le ministre qui a le secteur postal dans ses attributions est lui-même soumis au contrôle politique de la Chambre des représentants. Celle-ci peut l'interpeller ou lui poser des questions sur le fonctionnement de l'IBPT ou les décisions qu'il prend. L'IBPT produit à son

dossier plusieurs exemples de questions parlementaires au ministre portant sur des actions, des initiatives, des prises de position, des décisions, de l'IBPT. Une de ces questions concerne précisément le présent dossier. Le parlementaire interpelle ainsi le ministre pour lui demander « *si l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) va (...) prendre position et dans quel sens* ». Ce à quoi le Ministre répond en rappelant que « *l'IBPT est un régulateur indépendant qui doit rendre compte de ses activités au parlement* ». Les autres questions produites montrent que les parlementaires n'hésitent pas à mettre en cause ou à critiquer l'attitude de l'Institut.

26.

Il découle de ce qui précède que l'IBPT est directement soumis au contrôle du Parlement. Il est également soumis au contrôle du Gouvernement, par l'intermédiaire des ministres des Finances et du Budget, ainsi que du ministre ayant le secteur postal dans ses attributions. Ces ministres sont eux-mêmes soumis au contrôle parlementaire. Il est donc erroné pour bpost de soutenir que les décisions de l'IBPT en matière postale ne seraient soumises à aucun contrôle par un organe politiquement responsable devant les assemblées législatives.

Ce contrôle est effectif et précis. Pour rappel, le contrôle parlementaire exercé sur la CREG est similaire à celui exercé sur l'IBPT et la Cour constitutionnelle a jugé « *qu'il existe bien un contrôle parlementaire* » sur la CREG.

27.

Il est vrai que les décisions de l'IBPT en matière postale, dont la Décision contestée, ne sont pas soumises à un mécanisme de « tutelle spécifique » ou à une « approbation » par l'exécutif. Mais ce type de contrôle exercé par le pouvoir exécutif n'est nullement exigé pour satisfaire aux articles 33, 37 et 108 de la Constitution. Cela ressort expressément de la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle, selon lequel la large autonomie dont dispose la CREG « *n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative* ». La Cour a jugé en ce sens alors même l'article 20, § 3, de la directive 96/92, auquel se réfère la Cour constitutionnelle, prévoit seulement le principe de l'indépendance du régulateur à l'égard des parties en litige. En l'espèce, l'article 22 de la directive postale 97/67, telle que modifiée, va plus loin en termes d'indépendance du régulateur, en exigeant que ce dernier soit juridiquement distinct et fonctionnellement indépendant des opérateurs postaux, et donc de leurs actionnaires, le cas échéant, publics (en l'espèce, l'Etat belge). Bpost ne peut donc être suivie quand elle soutient que cet arrêt de la Cour constitutionnelle serait spécifique à la CREG.

L'absence de mécanisme de tutelle gouvernementale sur les décisions de l'IBPT n'est pas un élément déterminant pour constater une violation des dispositions constitutionnelles visées au moyen.

28.

L'orientation sur les coûts n'a été définie ni par les directives 97/67 ou 2008/6, ni par la loi de 1991, l'arrêté royal du 9 juin 1999 ou la loi du 13 décembre 2010. Par contre, aussi bien la directive 97/67, telle que modifiée, que la loi de 1991 lue en combinaison de la loi IBPT-statut confient à l'autorité nationale de régulation (*in casu*, l'IBPT) la mission d'assurer la conformité à cette obligation, en prenant toute mesure appropriée à cette fin. Le considérant 47 de la directive 2008/6 qualifie d'ailleurs de « *fondamental* » le rôle des autorités réglementaires nationales en cette matière. L'Avocat général Mengozzi a également insisté sur ce point dans la récente affaire *DHL Express Austria*⁵.

29.

L'IBPT a exercé cette compétence, en tenant dûment compte de la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour d'appel en la matière et en ayant égard aux prises de positions de la Commission européenne à ce sujet. Ce faisant, il n'a pas fait œuvre législative ou réglementaire. L'IBPT n'a pas de pouvoir réglementaire. Il a adopté une décision individuelle à l'égard de bpost, en confrontant un concept prévu par la loi, l'orientation en fonction des coûts, à une situation déterminée, la hausse sollicitée par bpost, dans le cadre et dans les limites des compétences que la loi lui a confiées.

30.

Suivre la thèse de bpost reviendrait à admettre que le contrôle du respect par cette dernière de son obligation d'orientation sur les coûts est, en réalité, impossible. L'IBPT ne pourrait pas intervenir en la matière. Ceci est évidemment inconcevable, puisque, précisément, et le droit européen et le droit belge confient au régulateur la mission de contrôler le respect des obligations imposées au prestataire du service universel. L'IBPT n'a pas le choix. Il doit intervenir, notamment pour assurer l'effet utile du droit européen.

Bpost ne peut pas non plus reprocher à l'IBPT d'avoir tardé à intervenir pour exercer son contrôle *ex ante*, en en déduisant que cela serait le signe qu'il n'était pas légalement obligé de le faire. En effet, ce n'est que depuis 2011 que l'IBPT est chargé de contrôler *ex ante* le respect de l'obligation d'orientation sur les coûts et, déjà dans sa décision du 8 octobre 2014, l'IBPT a indiqué qu'il allait procéder à un contrôle approfondi du respect de cette obligation. Il ne peut être reproché au régulateur de prendre le temps nécessaire pour préparer son intervention, de manière à agir en parfaite connaissance de cause.

Par ailleurs, à supposer même que l'IBPT ait fait preuve de négligence (*quod non*), cela ne signifierait pas encore que la mission qui lui est confiée par le législateur ne serait pas obligatoire ou que son intervention serait illégale.

31.

En réponse au 4^{ème} moyen de bpost (cfr *infra*) et dans son 1^{er} moyen, l'IBPT fait aussi valoir que le principe d'orientation sur les coûts vise, d'une part, à éviter que l'entreprise

⁵ Conclusions de l'Avocat général Mengozzi dans l'affaire *DHL Express (Austria) GmbH c. Post-Control-Kommission*, 16 mars 2016, C-2/15, § 40.

concernée fixe un prix qui ne lui permette pas de couvrir ses coûts ou qui ne lui laisse qu'une marge insuffisante pour assurer une concurrence équitable (limite basse), et, d'autre part, à éviter que l'entreprise concernée récupère sur le prix d'un service donné (i) des coûts étrangers à la fourniture dudit service, (ii) des coûts induits par cette fourniture mais inefficaces et/ou (iii) un rendement fixé au-delà du niveau raisonnable (limite haute).

Le rôle des autorités réglementaires nationales – en l'espèce l'IBPT – est fondamental en vue d'assurer le respect des obligations découlant de la directive postale, en l'espèce transposée dans la loi du 21 mars 1991.

L'IBPT, qui s'est vu confié cette mission par le législateur belge, dispose d'un pouvoir discrétionnaire étendu pour appliquer la loi et, le cas échéant, l'interpréter.

Comme la cour d'appel l'a jugé, « *il doit être admis qu'en vertu de l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut de l'IBPT (...) qui stipule que cette autorité a en particulier pour tâche d'assurer le respect des obligations découlant de la directive, l'IBPT est habilité à indiquer la portée concrète d'une obligation dans un cas concret* »⁶, ce qui est le cas en l'espèce de la portée de l'obligation d'orientation sur les coûts en matière postale.

L'obligation de transparence prescrite par l'article 144bis, § 1^{er}, de la loi de 1991 et qui est au cœur de l'affaire jugée par la cour d'appel dans ledit arrêt, n'est pas décrite plus précisément dans la loi que l'obligation d'orientation sur les coûts.

La problématique est la même et cette question a déjà été tranchée par la cour d'appel. Le législateur prévoit des obligations, énoncées de manière générale. Le régulateur indépendant, exerçant son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, contrôle le respect de cette obligation, en l'appliquant à des situations concrètes. Le cas échéant, le juge sanctionne une erreur manifeste d'appréciation.

Certes, le pouvoir discrétionnaire d'une autorité de régulation indépendante est limité : cette limite, c'est l'erreur manifeste d'appréciation. En appliquant une obligation légale à un cas d'espèce, le régulateur ne fait donc pas œuvre législative ou réglementaire. Il exerce simplement la mission que le législateur lui a confiée et adopte une décision à portée individuelle. S'il ne l'avait pas fait, il aurait violé la loi.

C'est ensuite au juge qu'il appartient de vérifier si, à cette occasion, le régulateur n'a pas fait une application manifestement erronée de cette obligation ou, en d'autres termes, s'il n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation.

Il s'ensuit qu'en précisant la portée concrète de l'obligation d'orientation sur les coûts dans les circonstances de l'espèce, l'IBPT est resté dans le cadre des missions que le législateur européen a confiées aux autorités de régulation. Contrairement à ce que soutient bpost,

⁶ Bruxelles (18^e ch.), 12 juin 2013, 2011/AR/2481, point 86.

l'IBPT n'a pas « comblé une lacune dans la loi en définissant lui-même la notion d'orientation sur les coûts ». Il a appliqué cette obligation à une situation concrète, en exerçant son pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

2°- Décision

32.

Contrairement à ce que bpost présuppose dans son premier moyen, l'IBPT n'a pas assumé un pouvoir réglementaire en prenant la Décision. Celle-ci revêt une portée individuelle et non réglementaire.

L'IBPT a, conformément à sa mission légale, examiné la proposition de hausse tarifaire soumise par bpost conformément à l'article 144ter de la loi du 21 mars 1991 et contrôlé celle-ci au regard des principes visés dans la disposition légale, en ce compris le principe en vertu duquel les tarifs sont orientés sur les coûts.

Ce faisant, l'Institut n'a nullement violé les dispositions constitutionnelles ou principes visés au moyen et en particulier n'a pas excédé ses pouvoirs.

Examen du second moyen : violation de l'article 144ter, § 2, 2^{ème} alinéa de la loi du 21 mars 1991, défaut de compétence pour adopter la décision et/ou dépassement du délai raisonnable

1°- Position des parties

- *Position de bpost*

33.

Bpost considère qu'en adoptant la Décision seulement le 21 mars 2017, alors que bpost a introduit un dossier complet dès le 29 août 2016 et que l'article 144ter, §2, 2^e alinéa de la loi du 21 mars 1991 dispose que l'IBPT doit prendre une décision endéans un délai d'un mois à partir du jour de la réception de la demande, l'IBPT a pris la décision en dehors du délai fixé par la loi, à tout le moins, en dehors du délai raisonnable.

34.

Le dossier transmis par bpost le 29 août 2016 était complet ; sa composition était en effet identique aux dossiers sur la base desquels l'IBPT avait approuvé les précédentes demandes d'augmentations tarifaires de bpost.

En tout état de cause, même si l'on tient compte des demandes complémentaires de l'IBPT en septembre, le dossier était en tout cas complet le 28 septembre 2016, ce que l'IBPT a confirmé.

35.

En application de l'article 144ter, § 2, alinéa 2 de la loi du 21 mars 1991, l'IBPT avait l'obligation de communiquer sa décision dans le mois de la réception du dossier.

Ce délai n'est pas respecté lorsque l'Institut ne communique pas sa décision mais un projet de celle-ci, à savoir le premier projet communiqué le 7 octobre 2016 et le second projet communiqué le 22 décembre 2016. La décision n'a été communiquée à bpost que le 29 mars 2017, plusieurs mois après que le dossier ait été soumis à l'IBPT.

36.

Certes, l'exposé des motifs de la loi du 3 février 2014 précise que « conformément à l'avis du Conseil d'État, aucun effet juridique n'est conféré au silence de l'IBPT »⁷. Cela veut dire que si l'IBPT ne prend pas de décision dans le délai d'un mois, on ne peut en tirer comme conséquence ni une approbation des nouveaux tarifs, ni un refus.

Cela n'empêche pas moins que, passé le délai d'un mois prévu par la loi, l'IBPT n'est plus compétent pour se prononcer.

37.

A tout le moins, en l'espèce, l'IBPT a dépassé le délai raisonnable pour décider, puisqu'il n'a pris sa décision que fin mars 2017, soit six mois après l'introduction d'une demande complète et trois mois après la date à laquelle l'augmentation tarifaire proposée aurait dû entrer en vigueur.

- *Position de l'IBPT*

38.

L'IBPT soutient qu'il a respecté le délai prévu à l'article 144ter, § 2 de la loi du 21 mars 1191 (12^{ème} moyen de l'IBPT).

La disposition légale fixe en effet un délai d'un mois dans lequel il doit rendre ses « observations », et non rendre sa décision. L'Institut a transmis ses observations (sous la forme de son premier projet de décision) le 7 octobre 2016, endéans ce délai, qui avait été suspendu entre le 6 et le 20 septembre 2013 suite à ses demandes de renseignements complémentaires.

39.

⁷ Doc. parl. (Chambre) 2013-2014, n° 53-3134/001, p. 7.

Dans son 13^{ème} moyen, l'IBPT énonce qu'en tout état de cause, même à considérer que le délai d'un mois viserait la décision elle-même, aucune sanction n'est prévue par la loi en cas de dépassement du délai, avec pour conséquence qu'à l'expiration du délai, l'IBPT reste compétent. Une autorité publique ne perd en effet pas sa compétence lorsqu'un délai d'ordre n'est pas respecté.

40.

Concernant l'obligation de statuer dans un délai raisonnable, celle-ci n'est pertinente que lorsqu'aucun délai n'est prévu par la loi et bpost ne peut dès lors en même temps soutenir qu'un délai était prévu et que l'obligation de statuer dans un délai raisonnable n'a pas été respectée.

Quoi qu'il en soit, bpost ne démontre pas que la Décision n'aurait pas été adoptée dans un délai raisonnable, tenant compte des circonstances concrètes de l'espèce.

Le comportement de bpost, fut-il habituel (bpost soutient que le dossier soumis fin août était composé des mêmes éléments que l'année précédente), ne pouvait contraindre l'IBPT « à décider dans un délai spécifique, le cas échéant identique à celui des années précédentes. De plus (...) l'IBPT avait décidé de procéder à une analyse plus approfondie que les années précédentes, et bpost le savait » (conclusions, n° 160).

Si bpost voulait avoir l'assurance que la Décision soit prise en temps utile pour l'entrée en vigueur de ses nouveaux tarifs au 1^{er} janvier 2017, elle n'avait qu'à introduire son dossier plus tôt.

Enfin, bpost est imprécise sur les conséquences juridiques de son raisonnement lié au dépassement du délai raisonnable. Il est inexact qu'en pareil cas l'IBPT perdrait sa compétence, avec pour conséquence que les augmentations tarifaires seraient automatiquement approuvées.

2°- Décision

41.

L'article 144^{ter}, § 2 de la loi du 21. mars 1991. dispose que :

« (...)

L' Institut dispose d'un mois à partir du jour de la réception de la demande des augmentations tarifaires pour communiquer ses observations. Au cas où l'Institut est d'avis que le dossier est incomplet, il doit faire savoir dans les dix jours ouvrables de la réception quelles informations manquent.

Est considéré comme jour ouvrable chaque jour civil autre qu'un samedi, dimanche ou jour férié légal.

Le délai d'un mois est suspendu jusqu'au moment de la réception des informations manquantes dans le dossier. »

42.

Bpost transmet à l'IBPT le 29 août 2016 son dossier de demande d'augmentation des tarifs pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs, destiné à entrer en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2017.

Courant septembre⁸, l'IBPT demande à bpost la communication de document et/ou renseignements complémentaires, ce que celle-ci fait les 14, 20 et 26 septembre 2016.

Le 7 octobre 2016, l'IBPT communique à bpost un premier projet de décision.

43.

Il découle de cette chronologie que l'IBPT a bien communiqué sa position sur cette demande – par son premier projet de décision – dans le mois de celle-ci, tenant compte des périodes de suspension.

Bpost ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que l'IBPT aurait dû, endéans le délai d'un mois, communiquer sa décision définitive. Cette interprétation est incompatible avec la manière de procéder de l'Institut, qui communique son projet de décision pour recueillir les observations du prestataire du service universel ; or, cette manière de procéder n'est pas en elle-même critiquée par bpost qui, au contraire, reproche à l'IPBT, en dépit de la possibilité qui lui a été donné de faire valoir ses observations, une violation de son droit à une procédure équitable (cfr son troisième moyen).

En tout état de cause, s'agissant d'un délai d'ordre, l'IBPT n'est pas été dessaisi de sa compétence à son expiration.

Le délai endéans lequel l'Institut a pris sa décision définitive n'est pas non plus déraisonnable, tenant compte de la chronologie et des délais accordés à bpost pour faire valoir ses observations sur le premier, puis sur le second projet de décision. L'IBPT ne démontre pas en particulier ni même n'allègue qu'il y aurait eu des (longues) périodes d'inaction de l'IBPT. Il y a eu plutôt un dialogue entre les parties, depuis septembre 2016 jusque mars 2017.

⁸ Les 6, 16 et 23 septembre 2016.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

Examen du quatrième moyen : violation de l'article 12 de la directive postale et/ou de l'article 144 ter de la loi du 21 mars 1991 en ce que la Décision est basée sur une interprétation erronée du principe de l'orientation sur les coûts

1°- Position des parties

- *Position de bpost*

44.

Bpost considère qu'en interprétant le principe d'orientation sur les coûts comme plafonnant la marge sur les produits appartenant au panier des petits utilisateurs à un maximum absolu de 15 % de rendement sur les ventes, alors que cette interprétation ne trouve aucun soutien dans les textes législatifs ou les travaux préparatoires, est incohérente avec le contexte de la disposition qui prévoit ce principe ainsi qu'avec plusieurs objectifs importants du cadre réglementaire du secteur postal (prestation efficace du service universel, équilibre financier du service universel, promotion de la concurrence), l'IBPT donne une interprétation manifestement erronée à ce principe et viole dès lors l'article 12 de la directive postale et/ou l'article 144ter de la loi du 21 mars 1991. En ordre subsidiaire, si la cour devait accepter que le principe d'orientation sur les coûts impose un plafonnement de la marge pour éviter des prix excessifs, la notion de « prix excessif » ne peut en l'occurrence de toute façon pas être interprétée autrement qu'en droit de la concurrence.

45.

Ni la directive postale ni la loi du 21 mars 1991 ne définissent la notion d'orientation sur les coûts. Dans ces circonstances, il convient d'interpréter cette notion à la lumière de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie, en premier lieu la législation européenne qui est à sa source.

46.

Or, l'interprétation du principe d'orientation sur les coûts adoptée par l'IBPT ne trouve aucun soutien dans les travaux préparatoires de la directive postale.

Le principe d'orientation sur les coûts doit donc plutôt être interprété comme un plancher qu'un plafond : il s'agissait d'éviter que les tarifs soient trop bas (inférieurs aux coûts). Les

arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) *Deutsche Post – Vedat Deniz et bpost*, confirment aussi qu'il faut avant tout comprendre la notion d'orientation sur les coûts comme une exigence que les prix couvrent au moins les coûts sous-jacents des services concernés

47.

L'IBPT croit trouver un soutien à son argumentation dans un document de travail de la Commission de 2015 mais ce document, rédigé plus de sept ans après l'adoption de la dernière révision de la directive postale, ne fait pas partie de ses travaux préparatoires. De surcroît, on s'aperçoit que la Commission ne fait que paraphraser les conclusions d'une étude de WIK pour la Commission.

L'IBPT ne peut pas non plus invoquer des arrêts de la CJUE rendus dans le secteur des communications électroniques, car ce secteur diffère du secteur postal sur des points essentiels, et il est important d'interpréter la notion litigieuse à la lumière de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation.

48.

Une comparaison avec la manière dont le principe d'orientation sur les coûts est appliquée dans les autres Etats membres ne permet pas non plus de valider l'approche de l'IBPT. L'IBPT se trouve dans une position isolée en Europe, et ce alors que l'IBPT souligne lui-même que l'orientation sur les coûts est une notion autonome de droit européen à interpréter de façon uniforme.

49.

L'interprétation de l'IBP est incohérente avec le contexte et les objectifs de la législation postale.

L'article 144ter, § 1 de la loi du 21 mars 1991 énumère différents principes à observer, parmi lesquels celui de l'abordabilité -- qui fait l'objet à l'article 31 de l'A.R. du 11 janvier 2006 d'un plafond calculé selon une formule appelée « *price cap* », applicable aux produits appartenant au panier des petits utilisateurs - et celui de l'orientation sur les coûts. Ces principes sont d'application cumulative.

L'interprétation du principe d'orientation sur les coûts comme constitutif d'un second plafond, défendue par l'IBPT, a pour conséquence de mettre les deux principes en conflit et de rendre en tout état de cause un des deux plafonds redondant (en effet, par la force des choses, un plafond se situe toujours plus bas que l'autre).

Actuellement, le « *margin cap* » de 15 % RoS se situe plus bas que le « *price cap* » qui résulte de la formule de l'article 31 de l'AR du 11 janvier 2006. Toutefois, si les coûts de bpost devaient connaître une augmentation importante, par exemple en raison de la diminution des volumes de courrier, la situation pourrait aussi être inversée.

Cette interprétation ne s'accorde pas avec son contexte dans la mesure où elle introduit, sans habilitation législative, un deuxième plafond tarifaire qui restreint très considérablement la portée du mécanisme du « *price cap* » voulu par le législateur.

On ne peut accepter que l'IBPT, sous prétexte d'« interpréter » une notion non définie par la loi, invente un tout nouveau mécanisme de contrôle des prix qui se substitue à celui voulu par le législateur et le rend inopérant. On lit d'ailleurs dans la Décision que l'IBPT déplore le niveau élevé du « *price cap* » ; ainsi, le véritable motif de son intervention réside dans sa frustration par rapport à un « *price cap* » qu'il considère – à tort – comme trop avantageux pour bpost. Or, si la législation ne plait pas à l'IBPT, il peut essayer de la faire changer, mais ne peut pas la créer elle-même.

50.

En réalité, le principe de l'orientation sur les coûts doit s'interpréter comme l'exigence que les tarifs couvrent les coûts sous-jacents, et donc comme un plancher tarifaire. Cette interprétation permet de concilier le principe d'orientation sur les coûts avec le principe d'abordabilité. Les deux principes sont complémentaires : le premier protège la concurrence et assure la viabilité du service universel et le second protège les consommateurs contre les tarifs excessifs, assurant l'accessibilité du service universel. Les deux principes définissent ainsi les limites supérieures et inférieures entre lesquelles le PSU peut librement fixer ses prix.

51.

L'interprétation du principe de l'orientation sur les coûts préconisée dans la Décision contestée va également à l'encontre des principaux objectifs du cadre réglementaire du secteur postal (cfrs les développements de bpost, § 134 et s. de ses conclusions).

52.

L'interprétation de l'IBPT est par ailleurs incompatible avec l'objectif de libéralisation et de promotion de la concurrence.

Depuis les années '90, le secteur postal a été libéralisé en plusieurs étapes, et le marché a été entièrement ouvert à la concurrence en 2011 dans la plupart des Etats membres, y

compris la Belgique. Depuis lors, la concurrence a pu se développer partout en Europe. En Belgique, bpost fait depuis 2013 face à la concurrence d'un nouvel opérateur postal, TBC-Post.

Le plafond de profitabilité imposé à bpost aboutit *de facto* à imposer un plafond de profitabilité de l'ensemble du secteur, puisque les concurrents de bpost ne peuvent évidemment pas attirer des clients en appliquant des prix plus élevés que l'opérateur historique. Ainsi, la Décision réduit très considérablement la marge dont les nouveaux entrants disposent pour rentabiliser leurs opérations et investir dans le développement de leurs activités. Elle risque donc d'augmenter très considérablement les barrières à l'entrée au marché et à l'expansion dans le marché.

En imposant un strict plafond de marge, l'IBPT adopte une approche qui a jusqu'ici été essentiellement réservée à des monopoles légaux ou à des « *bottlenecks* » monopolistiques. Cette approche révèle que l'IBPT ne croit pas au développement de la concurrence dans le segment des petits utilisateurs.

En somme, l'IBPT semble vouloir revenir en arrière et réguler bpost comme un monopole légal, créant ainsi des barrières quasi-insurmontables au développement de la concurrence

L'IBPT considère d'abord qu'une intervention au niveau des tarifs est nécessaire parce que la concurrence ne s'est pas développée et bpost dispose encore de parts de marché élevées six ans après la libéralisation du secteur ; ensuite, l'IBPT considère qu'il peut imposer un plafonnement de la marge qui réduit l'espace économique disponible pour la concurrence naissante et crée ainsi une nouvelle barrière à l'entrée parce qu'il n'y a selon lui pas d'indications que la concurrence pourra se développer dans le segment concerné. La logique suivie est circulaire.

53.

En conclusion, l'interprétation du principe de l'orientation sur les coûts préconisée par la Décision n'est pas conforme aux textes, vu qu'elle est n'est pas cohérence avec les intentions du législateur belge, créant un conflit avec le principe que les tarifs doivent être abordables (tel que concrétisé dans la législation belge par le « *price cap* ») et vu qu'elle va à l'encontre de plusieurs objectifs centraux du cadre réglementaire.

54.

A titre subsidiaire, même s'il fallait admettre que l'IBPT aurait raison de considérer que le principe d'orientation des tarifs sur les coûts signifie que les tarifs ne peuvent être

« excessifs » par rapport aux coûts, encore faudrait-il que le critère utilisé pour décider si un prix est « excessif » soit objectif et prévisible. L'interprétation donnée à ce qui est « excessif » ne peut être décidée de manière arbitraire par le régulateur, sous peine de violer le principe de la sécurité juridique.

L'IBPT n'a nullement identifié dans la Décision un cadre de référence objectif, adéquat et approprié.

Dans la décision contestée, l'IBPT a déterminé la « marge raisonnable » maximale autorisée sur la base d'un benchmark des RoS des principaux prestataires de service universel européens réalisés sur les trois dernières années. Cette méthodologie s'inspire de la méthodologie utilisée par la Commission européenne dans sa décision SA.14588 (C20/2009) du 25 janvier 2012 relative au financement public de certains services d'intérêt général prestés par bpost.⁹ Il s'agit donc d'une décision où la Commission a appliqué les règles en matière d'aides d'État visant à éviter la surcompensation lorsque l'autorité publique confie des missions d'intérêt général à des entreprises. Or, ceci ne constitue absolument pas un cadre de référence approprié ou adéquat pour une mesure visant à réguler des tarifs de détail, d'autant plus que les services concernés ne bénéficient jusqu'ici d'aucun financement public et qu'en outre, il existe un autre corps de règles qui a spécifiquement pour but d'éviter la surcompensation du service universel dans le cas où celui-ci bénéficierait d'un financement public (à savoir les règles concernant le calcul du coût net du service universel).

Si le cadre réglementaire du secteur postal lui-même ne fournit pas de critères pour décider ce qui constitue un prix « excessif », et que les règles en matière d'aides d'État dont l'IBPT s'est ostensiblement inspiré ne fournissent pas non plus de critères pertinents, le seul cadre de référence approprié qui soit disponible est celui du droit de la concurrence.

La jurisprudence en matière du droit de la concurrence a développé un test pour déterminer si un prix peut être considéré comme « excessif ». Selon ce test, pour qu'un prix puisse être considéré comme « excessif », il ne suffit pas de démontrer que le différentiel avec les coûts sous-jacents est important, mais encore faut-il démontrer que le prix est exorbitant par rapport à la « valeur économique » du service (qui dépend aussi de facteurs du côté de la demande).

En pratique, le caractère excessif ou non d'un prix est généralement apprécié sur la base d'une comparaison avec un marché de produits voisin (concurrentiel) ou d'autres marchés

⁹ Voir décision contestée, Annexe 5, pp. 82-84 et pièce 61 du dossier administratif.

géographiques. Or, en l'occurrence, le « *benchmark* » repris dans la décision démontre que les prix de bpost ne sont pas excessifs, puisque les tarifs de bpost se trouvent en-dessous de la moyenne européenne et se classent même parmi les moins chers de l'Union européenne si on tient compte de la parité de pouvoir d'achat (22^e sur 31 pays européens, si on tient compte du prix du timbre à la pièce).

La pratique de la Commission européenne et des autorités de la concurrence nationales confirment également que seul un écart très important entre le prix de référence et les prix appliqués par l'entreprise dominante peut justifier la conclusion que les prix pratiqués par une entreprise dominante sont excessifs.

Or, en l'occurrence, la décision contestée confirme elle-même très clairement que les tarifs de bpost ne se situent point « de manière significative et persistante » *au-dessus* d'un prix de référence calculé sur la base d'un « *benchmark* » avec les autres Etats membres de l'Union européenne, ajusté pour tenir compte des différences de pouvoir d'achat, mais bien au contraire *au-dessous* de celui-ci. En outre, un écart important entre le prix et les coûts sous-jacents ne suffit pas en soi pour démontrer l'existence d'un prix « excessif » en droit de la concurrence.

Dans les (rares) cas où les autorités de la concurrence ont retenu un grief de prix excessifs, la marge et/ou l'augmentation de prix étaient d'ailleurs beaucoup plus élevées que dans le cas présent. Il n'y a donc pas la moindre indication de ce que les tarifs de bpost seraient « excessifs » dans le sens où l'entend le droit de la concurrence.

Enfin, le régulateur ne peut en principe imposer un plafond tarifaire que lorsqu'il a constaté qu'il est probable que l'entreprise concernée serait autrement amenée à pratiquer des prix excessifs. L'existence d'au moins un risque de prix excessifs constitue donc une « *condition au pouvoir d'intervention* », sans lequel le régulateur ne peut et ne doit pas intervenir. Or, comme démontré ci-dessus, les prix de bpost sont en réalité soumis à une forte pression concurrentielle émanant notamment des moyens de communication électronique (« *e-substitution* »).

55.

Par rapport à la question préjudicielle que l'IPBT demande à la cour, à titre subsidiaire, de poser à la CJUE, bpost considère que cette question se serait éventuellement utile que pour l'analyse du quatrième moyen, et ne serait donc pas nécessaire si la cour devait accueillir un des trois premiers moyens.

Bpost propose une rédaction alternative de la question (cfr § 182 de ses conclusions).

- *Position de l'IBPT*

56.

L'IBPT soutient qu'il est chargé d'appliquer la loi et, le cas échéant, de l'interpréter en premier lieu, de sorte qu'en précisant dans les circonstances de l'espèce la portée de l'obligation d'orientation sur les coûts édictée à l'article 144ter, § 1^{er}, 2°, de la loi de 1991, il est resté dans le cadre des missions que le législateur lui a confiées (1^{er} moyen de l'IBPT – voir résumé ci-avant sous l'examen du 1^{er} moyen de l'IBPT, *in fine*).

57.

L'abordabilité des tarifs et l'orientation sur les coûts, visées à l'article 144ter de la loi de 1991, sont des principes distincts et autonomes s'imposant au prestataire du service universel de sorte que l'IBPT n'a commis aucune erreur de droit en vérifiant simultanément si la hausse sollicitée était abordable et résultait en un tarif orienté sur les coûts (2^{ème} moyen de l'IBPT).

Ni le législateur européen, ni le législateur belge n'ont établi de hiérarchie entre ces normes de sorte que le prestataire du service universel est tenu au respect simultané de chacune d'entre elles dans l'intérêt des utilisateurs. L'article 144ter, § 2, *in fine*, dispose ainsi expressément que si l'une de ces normes n'est pas respectée à l'égard d'un service relevant du service universel, l'IBPT doit refuser au prestataire du service universel d'appliquer un tel tarif vis-à-vis des utilisateurs du service concerné.

Il doit par conséquent être conclu que l'abordabilité des tarifs et l'orientation sur les coûts, visées à l'article 144ter de la loi de 1991 sont des principes distincts et autonomes s'imposant simultanément au prestataire désigné du service universel, sous le contrôle de l'IBPT.

Il s'ensuit que l'IBPT n'a commis aucune erreur de droit en vérifiant simultanément si la hausse sollicitée était abordable et résultait en un tarif orienté sur les coûts.

58.

Le respect du *price cap*, visé à l'article 144ter, § 1^{er}, 1°, 3^{ème} alinéa, en ce qui concerne l'augmentation du prix d'un service donné ne signifie pas que le prix plein dudit service est nécessairement inférieur au niveau tarifaire qu'impose le respect du principe d'orientation des tarifs en fonction des coûts visé à l'article 144ter, § 1^{er}, 2° (3^{ème} moyen de l'IBPT).

59.

Les articles 9 et 144ter, § 4, de la loi de 1991 stipulent que bpost détermine librement les tarifs et les structures tarifaires pour les prestations qu'elle fournit. Le législateur a néanmoins limité cette liberté tarifaire en ce qui concerne les services relevant du service universel, en fixant trois limites supérieures :

- l'article 144ter, § 1^{er}, 1^o, 1^{er} alinéa, de la loi de 1991 impose à bpost de limiter le prix plein de chacun des services relevant du service universel à un niveau abordable pour les utilisateurs de ces services. Le législateur vise le prix total, en ce compris les augmentations périodiques. Ce prix plein ne peut pas être fixé à un niveau trop élevé qui dissuaderait les utilisateurs à en faire usage ;
- l'article 144ter, § 1^{er}, 1^o, 3^{ème} alinéa, de la loi de 1991 impose à bpost une deuxième limite pour les tarifs des services relevant spécifiquement du panier des petits utilisateurs. bpost est ainsi tenue de limiter les augmentations annuelles qu'elle souhaite appliquer sur le prix des services relevant de ce panier à un *price cap* défini à l'article 31 de l'arrêté royal du 11 janvier 2006, « c.-à-d. une formule qui plafonne les hausses de prix »¹⁰ ;
- l'article 144ter, § 1^{er}, 2^o, interdit à bpost de fixer le prix plein, en ce compris les hausses successives, de chacun des services relevant du service universel à un niveau supérieur à ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts efficaces de fourniture dudit service, y compris une marge raisonnable.

60.

Le *price cap* est défini à l'article 31 de l'arrêté royal du 11 janvier 2006 et lie les augmentations tarifaires du panier des petits utilisateurs à la variation annuelle de l'Indice Santé, majoré d'un bonus de qualité.

Il s'ensuit que, s'agissant du panier des petits utilisateurs, une hausse tarifaire inférieure ou égale au *price cap* doit être considérée comme abordable conformément à l'article 144ter, § 1^{er}, 1^o, 3^{ème} alinéa, de la loi de 1991. C'est ce que l'IBPT a constaté dans le cadre de la Décision. Par contre, l'IBPT n'a pas analysé l'abordabilité du tarif plein qui aurait résulté de l'augmentation sollicitée par bpost pour l'année 2017, mais l'a acceptée¹¹.

¹⁰ Projet de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *Doc., Ch., 2010-2011, 202/1*, p. 19-20.

¹¹ Décision contestée, § 123 : « L'IBPT ne conteste pas le caractère abordable des prix dans le cadre de la présente décision ».

Le *price cap* défini par l'arrêté royal du 11 janvier 2006 n'a pas non plus été conçu par le législateur pour mesurer l'orientation de la hausse tarifaire d'un service donné sur l'évolution des coûts de fourniture dudit service au cours de l'année considérée.

Le législateur belge a fait le choix de définir un *price cap* sur la base de l'évolution des prix à la consommation et d'un bonus qualité. Les évolutions de coûts supportés par bpost au cours de l'année considérée ne sont pas du tout prises en compte dans la formule du *price cap*. Si certes l'indice Santé, duquel est dérivé le *price cap*, donne une indication de l'évolution du coût de la vie pour les ménages, il ne donne pas d'information précise ou directement exploitable sur l'évolution des coûts réels supportés par les entreprises pour la production ou la fourniture des biens et services repris dans le panier de l'indice Santé. Il s'ensuit que la fluctuation de l'indice Santé, et par conséquent du *price cap*, pour une année donnée n'est pas de nature à établir que les coûts réels supportés par bpost pour fournir le panier des petits utilisateurs fluctueraient dans les mêmes proportions pour l'année considérée.

61.

En l'espèce, la hausse maximale autorisée par le *price cap* définie par l'arrêté royal du 11 janvier 2006 s'élève à 7,59% pour l'année 2017 (pour un indice Santé de 2,53%)¹². Rien dans la formule du *price cap* ne permet de déduire que les coûts réels que bpost supporte pour fournir le panier des petits utilisateurs augmenteraient d'autant en 2017.

L'évolution du *price cap* depuis 2011 est trois fois supérieure à l'inflation au cours de la même période. Vu ces écarts, il est permis de douter de l'efficacité du *price cap* à mesurer la capacité financière des petits utilisateurs à absorber la hausse tarifaire, étant à ce point déconnecté de l'évolution du coût de la vie pour les ménages.

Il est d'autre part exclu que le *price cap* puisse servir à vérifier que cette hausse n'est pas supérieure à ce qu'impose l'orientation sur les coûts. Cette vérification doit être effectuée par le régulateur sur la base d'une analyse de coûts objective et étayée.

62.

Le fait que la moyenne pondérée des hausses sollicitées par bpost en 2017 se situe entre l'indice Santé et le *price cap* démontre déjà en soi qu'aucune corrélation n'existe entre la fluctuation du *price cap* et l'évolution des coûts réels sous-jacents à la fourniture du panier. bpost confirme que le *price cap* ne tient pas compte des gains d'efficacité et donc des

¹² Décision contestée, § 166.

économies de coûts que bpost projette de réaliser au cours de l'année considérée. Indépendamment du *price cap*, il convient donc de vérifier que, conformément au principe d'orientation sur les coûts, la hausse applicable pour une année donnée ne repose pas sur des coûts étrangers à la fourniture du panier, des coûts liés à la fourniture mais inefficaces et/ou une marge *déraisonnable*.

63.

En outre, dès lors que le *price cap* porte uniquement sur l'augmentation sollicitée par bpost au cours d'une année donnée, ce mécanisme n'est pas non plus de nature à permettre d'apprécier l'orientation sur les coûts du tarif plein facturé aux utilisateurs. Or, l'article 144ter, § 1^{er}, 2^o, impose que le prix plein, et pas uniquement la hausse annuelle, soit orienté sur les coûts.

Certains Etats membres ont, à l'inverse, développé un *price cap* permettant d'apprécier conjointement l'abordabilité des hausses tarifaires et l'orientation des tarifs sur les coûts. C'est notamment le cas de trois pays voisins, l'Allemagne, les Pays-Bas et la France. Ce n'est pas la voie qu'a décidé d'emprunter le législateur belge. Le fait que ces Etats membres aient intégré le contrôle de l'orientation sur les coûts dans un mécanisme de *price cap* démontre à nouveau que cette obligation vise bien à empêcher l'application de prix trop élevés.

64.

Par conséquent, vu la manière dont le législateur belge a défini le *price cap*, en le limitant aux seules augmentations, en permettant des hausses nettement supérieures à l'évolution de l'inflation et sans avoir égard pour les coûts de fourniture des services concernés ni le niveau de la marge réalisée, il ne peut pas être déduit du respect du *price cap* visé à l'article 144ter, § 1^{er}, 1^o, 3^{ème} alinéa que le prix plein des services relevant du panier des petits utilisateurs serait nécessairement conforme au principe de l'orientation sur les coûts visé à l'article 144ter, § 1^{er}, 2^o. La nature du *price cap* ne permet pas de tirer de telles conclusions. Il incombe dès lors à l'IBPT d'effectuer cette vérification conformément à l'article 144ter de la loi de 1991, lu en combinaison avec l'article 14 de la loi organique de l'IBPT.

Il s'ensuit que l'IBPT n'a commis aucune erreur de droit en vérifiant si la hausse sollicitée par bpost, bien que conforme au *price cap*, résultait ou non en un tarif plein orienté sur les coûts.

65.

Le principe d'orientation sur les coûts mis en œuvre par l'IBPT est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice et de la cour d'appel de Bruxelles, de sorte que l'approche suivie en l'espèce apparaît justifiée en droit (4^{ème} moyen de l'IBPT).

Dès lors que ni le législateur européen ni le législateur belge n'ont défini le principe de l'orientation sur les coûts, il convient d'avoir égard à la jurisprudence de ces juridictions.

66.

Dans l'affaire *Arcor*, la Cour de justice a constaté que « *le droit communautaire prévoit, dans divers domaines (...), le principe d'orientation des tarifs, ou des prix, en fonction des coûts, sans en préciser (...), son contenu. Dans ces conditions, pour définir le principe d'orientation des tarifs (...) en fonction des coûts, il convient de tenir compte non seulement des termes de celui-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation qui le prévoit* »¹³. La Cour d'appel a posé le même constat et tiré les mêmes enseignements¹⁴.

S'agissant des termes du principe d'orientation sur les coûts, la Cour de justice a, dans l'affaire *Arcor*, considéré que ce principe devait se lire comme « *l'obligation imposée aux opérateurs notifiés, dans le cadre de l'ouverture graduelle du marché (...) à la concurrence, d'orienter ses tarifs en fonction des coûts supportés pour la mise en place [du service visé], tout en tirant de la fixation desdits tarifs une rémunération raisonnable afin de permettre le développement à long terme et la modernisation des infrastructures* »¹⁵. En substance, le prix doit être fixé à un niveau tel que l'entreprise concernée puisse couvrir les coûts afférents à la fourniture du service régulé, tout en retirant une rémunération raisonnable du capital investi pour assurer cette fourniture.

S'agissant des coûts supportés par l'entreprise régulée, la Cour de justice a indiqué dans l'affaire *France c. Commission* que « *seuls peuvent être pris en compte dans ce calcul les coûts qui sont la suite directe de la fourniture de ce service* », excluant de la sorte de fixer les coûts pris en compte « *de manière forfaitaire ou imprécise, sans effectuer un calcul spécifique* »¹⁶.

¹³ C.J.U.E., 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, EU:C:2008:244, points 56-57, l'IBPT souligne ; voir, dans le même sens en matière postale, C.J.U.E., 15 novembre 2016, *DHL Express Austria*, C-2/15, EU:C:2016:880, point 19 ; voir également, requête de bpost, § 77.

¹⁴ Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003, point 74.

¹⁵ C.J.U.E., 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, EU:C:2008:244, point 69.

¹⁶ C.J.U.E., 6 décembre 2011, *France c. Commission*, C-146/00, EU:C:2001:668, point 60.

La Cour a confirmé dans l'affaire *KPN Telecom* que si une obligation d'orientation sur les coûts est imposée au prestataire du service universel, « *seuls les coûts relatifs à la mise à disposition effective des tiers [du service visé] peuvent être facturés par le prestataire du service universel* »¹⁷. En d'autres termes, l'entreprise régulée ne peut pas refléter dans un tarif orienté sur les coûts des coûts qui sont étrangers à la prestation fournie. Une telle pratique conduirait, en effet, à facturer un prix trop élevé aux utilisateurs du service concerné.

Dans l'affaire *bpost*, celle-ci a admis devant la Cour de justice que toute économie de coût réalisée par le prestataire du service universel par rapport aux coûts induits par la fourniture d'un service complet devait, conformément au principe d'orientation sur les coûts, être intégralement répercutée au profit des utilisateurs¹⁸. Cette répercussion intégrale doit même être « *mécanique* » selon l'Avocat général¹⁹. Un tarif qui, dans ces circonstances, ne répercuterait qu'une partie des coûts évités serait en effet trop élevé par rapport aux coûts réellement supportés par le prestataire du service universel pour fournir ledit service. Une telle pratique tarifaire conduirait, selon *bpost*, à défavoriser la position commerciale des intermédiaires vis-à-vis du prestataire du service universel, ce qui serait contraire aux objectifs poursuivis par la législation postale²⁰.

S'agissant de la rémunération raisonnable, la Cour de justice a, dans l'affaire *Arcor*, rappelé que l'opérateur soumis à une obligation d'orientation sur les coûts devait pouvoir tirer de la fixation de ses tarifs « *une rémunération raisonnable afin d'assurer le développement à long terme et la modernisation de l'infrastructure* »²¹.

S'agissant du prix orienté sur les coûts résultant de la méthode de calcul choisie, la Cour de justice a indiqué dans l'affaire *Mobistar* que devait être assurée « *la possibilité effective de contester l'application des prix maximaux (...) en démontrant que ces prix sont trop élevés par rapport à la structure des coûts* »²². Il est en effet nécessaire de garantir que « *les tarifs sont fixés en fonction des coûts de telle manière que les consommateurs ne soient pas dissuadés de faire usage [du service visé]* »²³. Cette position de la Cour de justice a été

¹⁷ C.J.U.E., 25 novembre 2004, *KPN Telecom*, C-109/03, EU:C:2004:749, point 42.

¹⁸ Voir, observations de *bpost* du 8 octobre 2013 dans l'affaire C-340/13, notamment, §§ 46 et 58.

¹⁹ C.J.U.E., 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, EU:C:2008:244, points 57 et suivants.

²⁰ Voir, observations de *bpost* du 8 octobre 2013 dans l'affaire C-340/13, notamment, § 160.

²¹ C.J.U.E., 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, EU:C:2008:244, point 67. Voir, en ce sens, sur la notion analogue de « *rémunération équitable* », C.J.U.E., 6 février 2003, *SENA*, C-245/00, EU:C:2003:68, points 23-24.

²² C.J.U.E., 13 juillet 2006, *Mobistar*, C-438/04, EU:C:2006:463, point 35.

²³ C.J.U.E., 13 juillet 2006, *Mobistar*, C-438/04, EU:C:2006:463, point 37.

confirmée par la suite²⁴. Notamment dans la récente affaire *KPN*, la Cour de justice a rappelé qu'une obligation d'orientation sur les coûts pouvait s'avérer nécessaire lorsqu'il ressort des circonstances de marché que « *l'opérateur concerné peut, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals* »²⁵.

S'agissant du contexte et des objectifs dans lequel s'inscrit l'obligation d'orientation sur les coûts, il convient d'avoir égard au statut et à la position particulière de l'entreprise à qui cette obligation est imposée et des objectifs poursuivis par le législateur européen dans le cadre de l'ouverture du marché à la concurrence²⁶.

A cela s'ajoute que, selon la Cour de justice, l'autorité de régulation dispose d'un pouvoir étendu pour intervenir sur les différents aspects d'un tarif orienté sur les coûts. Mais c'est également à l'entreprise régulée qu'il incombe de démontrer que les tarifs sont déterminés en fonction des coûts, y compris un rendement raisonnable.

67.

La jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles, abondante en cette matière, est établie dans le même sens.

La Cour relève ainsi que « *la notion d'orientation sur les coûts, introduite par le droit communautaire dans le cadre de la libéralisation de secteurs économiques, revêt un caractère méthodologique. Elle vise à assurer que lorsque les coûts doivent être pris en compte, il ne peut s'agir que des coûts d'une prestation efficace, y compris un retour sur investissement raisonnable* »²⁷. Est contraire à ce « *principe directeur* », « *l'application de prix trop élevés par rapport à la structure de coûts d'un opérateur* » ou d'un prix obligeant l'entreprise régulée à « *vendre à perte* »²⁸.

S'agissant de la lutte contre des prix élevés, la cour a précisé en se référant à l'affaire *Arcor* que le niveau des tarifs orientés sur les coûts ne doit pas nécessairement être aligné « *sur le seuil au-delà duquel ils deviendraient excessifs* »²⁹.

²⁴ Voir, notamment, C.J.U.E., 1^{er} juillet 2010, *Polska Telefonia Cyfrowa*, C-99/09, EU:C:2010:395, point 18.

²⁵ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *KPN*, C-28/15, EU:C:2016:692, point 30.

²⁶ C.J.U.E., 24 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, EU:C:2008:244, po 57 et suivants.

²⁷ Bruxelles (18^{ème} ch.), 15 février 2011, 2010/AR/2003, point 53. Voir également, Bruxelles (18^{ème} ch.), 30 juin 2009, 2006/AR/2332, point 75 ; Bruxelles (18^{ème} ch.), 9 mai 2008, 2005/AR/1028, points 34-35.

²⁸ Bruxelles (18^{ème} ch.), 15 février 2011, 2010/AR/2003, point 53.

²⁹ Bruxelles (18^{ème} ch.), 16 mai 2012, 2010/AR/2003, point 64.

La lutte contre des prix élevés justifie, selon la cour, que l'IBPT « *élimine les coûts liés aux inefficacités* »³⁰ de l'entreprise régulée, de sorte que l'entreprise régulée ne puisse pas « *appliquer des tarifs supérieurs à ses coûts propres d'une prestation efficace, tels qu'évalués par l'IBPT* »³¹. Cette position de la Cour peut être utilement comparée à l'exigence insérée à l'article 12 par la directive 2008/6 selon laquelle l'orientation sur les coûts doit être mise en œuvre en incitant à une prestation efficace du service universel.

En outre, juge la Cour, « *le régulateur dispose d'une large marge d'appréciation pour choisir et appliquer, au moment de l'examen des tarifs, la méthode de calcul des coûts (...) qu'il considère la plus appropriée* »³², dès lors « *le cadre réglementaire et la loi (...) ne définissent pas la notion d'orientation des prix en fonction des coûts (...) et laissent donc aux ARN le soin de les préciser au cas par cas dans les décisions qu'elles adoptent* »³³.

68.

Il ressort donc de la jurisprudence, tant européenne que belge, que l'obligation d'orientation sur les coûts impose à l'entreprise régulée, sous le contrôle de l'autorité de régulation, de fixer un prix qui ne soit ni inférieur ni supérieur à ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts induits par la fourniture efficace du service donné et lui octroyer un rendement raisonnable.

Si certes, cette jurisprudence s'est en partie développée dans le secteur des communications électroniques, il convient de tenir compte du fait que les directives pertinentes en la matière reposent sur les mêmes concepts que ceux applicables en matière postale. Les services relevant du service universel en matière de communications électroniques doivent ainsi être abordables et peuvent faire l'objet d'une obligation d'orientation sur les coûts.

69.

Bpost conteste avec vigueur que cette jurisprudence « télécoms » soit utilisable en l'espèce.

En même temps, elle suggère d'utiliser l'arrêt *Arcor*, une affaire « télécoms », comme grille d'interprétation dans la présente affaire, et ce à juste titre.

Contrairement à ce que soutient bpost, le concept d'orientation sur les coûts se retrouve, dans des termes identiques, dans le cadre réglementaire applicable au secteur des communications électroniques. Le contenu et la portée de ce concept n'est défini par

³⁰ Bruxelles (18^{ème} ch.), 29 juin 2011, 2010/AR/2695, point 15.

³¹ Bruxelles (18^{ème} ch.), 4 avril 2008, 2007/AR/3394, point 20.

³² Bruxelles (18^{ème} ch.), 4 avril 2008, 2007/AR/3394, point 20.

³³ Bruxelles (18^{ème} ch.), 30 juin 2009, 2006/AR/2332, point 75.

aucune directive, aucun règlement, aucune norme de droit européen, et les travaux préparatoires de ces textes ne sont pas plus diserts sur le sujet. C'est essentiellement par le biais de la jurisprudence que ce concept s'est façonné en « télécoms ».

En matière postale, le point de départ est identique, au niveau des termes utilisés comme de l'absence de définition ou de précision dans les textes applicables. Par contre, à l'inverse des « télécoms », les juridictions européennes ou belges ne se sont pas encore prononcées sur la portée de ce principe dans le secteur postal.

En théorie, l'IBPT aurait pu développer une interprétation totalement inédite, sans aucun égard pour la jurisprudence « télécoms ». L'IBPT a choisi, dans le silence du législateur postal et en l'absence de jurisprudence en matière postale, vu les similitudes que présente la régulation de ces deux secteurs et fort du soutien que la Commission a exprimé dans son courrier du 16 décembre 2016, d'appliquer le principe d'orientation sur les coûts conformément à la seule jurisprudence existante en la matière. L'IBPT n'aperçoit dès lors pas comment cette approche pourrait être considérée, sur le plan de la méthodologie juridique, comme plus critiquable que l'approche inédite proposée par bpost.

70.

S'agissant des termes de l'obligation, l'IBPT a veillé à ce que bpost ne tire pas du panier en 2017 une marge allant au-delà du niveau raisonnable. C'est sur ce point précis que la proposition tarifaire de bpost a posé question. La marge moyenne que bpost aurait tirée du panier en 2017 en appliquant la hausse sollicitée se serait élevée à un minimum de [CONFIDENTIEL]³⁴ en moyenne³⁵, ce qui est supérieur aux rendements considérés comme raisonnables dans divers dossiers postaux (fourchette de 7,5 à 15%).

Groupes de produits	Marges opérationnelles confidentielles	Fourchettes non-confidentielles
Lettres nationales	[...]	20-30%
Lettres nationales – services supplémentaires	[...]	20-30%
Paquets nationaux	[...]	20-30%
Lettres internationales	[...]	15-25%
Lettres internationales – services supplémentaires	[...]	15-25%

³⁴ Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-30%.

³⁵ Décision contestée, § 141.

Paquets internationaux	[...]	25-35%
Panier des petits utilisateurs	[...]	15-30%

L'IBPT a vérifié si le maintien en 2017 des prix appliqués en 2016 permettait à bpost de tirer des revenus suffisants pour couvrir les coûts induits par la fourniture du panier des petits utilisateurs en 2017. L'IBPT a constaté que, nonobstant la diminution des volumes projetée par bpost en 2017 et dont l'IBPT a tenu compte dans son analyse, le maintien en 2017 des prix appliqués en 2016 devrait générer des revenus en suffisance pour couvrir les coûts sous-jacents à la fourniture du panier et lui offrir une rémunération confortable³⁶, soit une marge entre 15-25 % (fourchette non-confidentielle).

La Décision ne consiste d'autre part pas à imposer une marge « *absolue* » soi-disant fixée à 15%, comme l'invoque à tort bpost.

71.

S'agissant du contexte, l'IBPT a tenu compte de la position particulière qu'occupe bpost. Celle-ci est le prestataire désigné du service universel et jouit d'une position incontournable sur le marché postal, singulièrement sur le segment du panier des petits utilisateurs. En 2016, les parts de marché de bpost sur ce segment étaient de l'ordre de 99% et aucune perspective de développement n'était prévisible pour 2017 sur ce segment.

72.

S'agissant des objectifs, l'IBPT a vérifié que la manière dont l'orientation sur les coûts était mise en œuvre dans le cadre de la Décision contestée ne porte pas atteinte aux objectifs que la législation poursuit par le biais de cette obligation.

L'obligation d'orientation sur les coûts a pour objectif, selon le législateur, « *d'assurer une saine gestion du service universel et d'éviter des distorsions de concurrence* »³⁷. Comme le précise la Commission européenne, dans un environnement ouvert à la concurrence, il convient à la fois de laisser au prestataire du service universel suffisamment de liberté pour s'adapter à la concurrence, mais aussi d'assurer une surveillance adéquate de son comportement afin de sauvegarder une concurrence réelle³⁸. C'est dans ce cadre que le

³⁶ Exprimées en RoS (« return on sales »), comme dans la Décision contestée. Cette projection se base sur les coûts supportés par bpost en 2015, ce qui est une hypothèse favorable à bpost, « *les coûts de fourniture du service universel ont tendance à décroître malgré les baisses de volumes* » (Décision contestée, § 70). Sur la période 2013-2015, les coûts totaux ont ainsi diminué de 15%, parallèlement à la contraction des volumes.

³⁷ Directive 97/67, considérant 26.

³⁸ Proposition de directive de la Commission européenne du 18 octobre 2006 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, COM(2006) 594,

législateur a précisé qu'en ce qui concerne le service universel, l'obligation d'orientation sur les coûts devait être mise en œuvre d'une manière à « *stimuler les gains d'efficience* »³⁹. La Commission européenne a précisé que cette recherche d'efficacité avait pour objectif d'améliorer l'application de l'obligation sur les coûts « *dans l'intérêt des utilisateurs* »⁴⁰, ce qui signifie les gains d'efficience doivent bénéficier à ceux-ci dans une mesure appréciable. En l'espèce, la saine gestion du service universel est préservée. L'IBPT a constaté que, nonobstant la diminution projetée des volumes, les coûts de fourniture du panier des petits utilisateurs seront couverts en 2017, même en maintenant les prix applicables en 2016.

Le maintien en 2017 des tarifs applicables en 2016 est également à même de minimiser les distorsions de concurrence au sein du service universel ou vis-à-vis d'autres produits postaux. Le prélèvement d'une marge moyenne estimée à [CONFIDENTIEL]⁴¹ au minimum sur le panier des petits utilisateurs aurait, au contraire, pu faciliter des pratiques de subventionnement de la part de bpost vis-à-vis de segments du marché postal exposés à une pression concurrentielle plus vive et contre-pouvoir d'achat plus élevé de la part des acheteurs d'envois en nombre (courrier administratif, courrier publicitaire adressé, paquets et colis B2C). En tout cas, le prélèvement d'une marge de minimum [CONFIDENTIEL]⁴² n'aurait pas pu correspondre aux « *conditions et coûts normaux du marché* » que le prix des services relevant du service universel doit refléter selon le législateur⁴³.

A cela s'ajoute, enfin, le fait que la Décision contestée concerne uniquement la conformité de la hausse tarifaire sollicitée par bpost pour l'année 2017. L'IBPT n'a pris aucune position sur la conformité d'une autre proposition tarifaire qui aurait été soumise par bpost. Il n'a pas non plus préjugé de la manière dont la conformité des propositions tarifaires de bpost sera appréciée à l'avenir⁴⁴. C'est donc au regard de la seule situation prévalant en 2017 que l'effet de la proposition tarifaire soumise par bpost sur les objectifs poursuivis par l'orientation sur les coûts a été apprécié.

exposé des motifs, p. 8. Voir, également, conclusions de l'Avocat général Sharpston du 16 octobre 2014 dans l'affaire C-340/13, § 78.

³⁹ Article 12, 2^{ème} tiret, tel que modifié par la directive 2008/6.

⁴⁰ Proposition de directive de la Commission européenne du 18 octobre 2006 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, COM(2006) 594, exposé des motifs, p. 5.

⁴¹ Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-30%. La donnée confidentielle figure au § 71, p. 26 des conclusions de l'IBPT.

⁴² Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-30%. La donnée confidentielle figure au § 71, p. 26 des conclusions de l'IBPT.

⁴³ Directive 2008/6, considérant 38.

⁴⁴ Décision contestée, § 175.

73.

Ce faisant, l'IBPT est aussi resté dans les limites de sa marge d'appréciation.

74.

Il s'ensuit que le principe d'orientation sur les coûts mis en œuvre par l'IBPT dans le cadre de la Décision contestée est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour d'appel de Bruxelles, de sorte que, dans le silence du législateur, l'approche suivie en l'espèce est justifiée en droit.

75.

L'IBPT soutient aussi que l'approche suivie dans la Décision contestée est conforme à la position de la Commission européenne sur la portée des principes tarifaires édictés à l'article 12 de la directive 97/57, telle que modifiée, de sorte qu'une erreur de droit n'apparaît pas vraisemblable en l'espèce (5^{ème} moyen de l'IBPT).

76.

Si, certes, l'interprétation des 1^{er} et 2^{ème} tirets de l'article 12 incombe *in fine* à la Cour de justice, il n'en demeure pas moins que les positions exprimées avec constance par la Commission européenne en matière postale, laquelle est à l'origine de la disposition en cause, sont de nature à renforcer le bien-fondé de l'approche suivie par l'IBPT, de sorte qu'une erreur de droit n'apparaît pas vraisemblable en l'espèce.

77.

L'IBPT soutient à titre complémentaire que les arguments invoqués par bpost ne sont pas de nature à démontrer l'illégalité de l'approche suivie par l'IBPT (6^{ème} moyen de l'IBPT).

L'IBPT avance que bpost, qui en supporte la charge de la preuve, n'établit pas l'illégalité de l'approche retenue par l'Institut.

78.

Tout d'abord, ce n'est pas parce que le principe de l'orientation sur les coûts impose une limite basse aux tarifs (plancher), qu'il n'impose pas aussi une limite haute (plafond). Il n'y a pas non plus d'incohérence à prévoir un double plafond (*price cap* et plafond résultant du principe d'orientation sur les coûts).

Rien dans la directive 97/67, la directive 2008/6, la loi de 1991, les normes modifiant celles-ci ou les travaux préparatoires de ces textes ne permet d'établir qu'en matière postale, ce principe devrait être nécessairement limité au contrôle des prix trop bas et qu'à l'inverse des

communications électroniques, l'orientation sur les coûts serait donc amputée de sa dimension haute, celle du contrôle des prix trop élevés.

Le considérant 38 de la directive 2008/6 précise que les prix des services relevant du service universel doivent refléter « *les conditions et coûts normaux du marché* ». Dans un environnement pleinement concurrentiel, le prix est, en effet, fixé dans une zone d'équilibre, ni trop basse ni trop élevée. Le considérant 39 de cette même directive indique que le prestataire du service universel ne peut pas, conformément au principe d'orientation sur les coûts, appliquer un prix trop élevé par rapport aux coûts de la prestation fournie. Ces éléments rendent invraisemblable la position défendue par bpost.

L'article 144^{ter} de la loi de 1991 dispose que les tarifs doivent être abordables et orientés sur les coûts. Ces deux principes doivent être conciliés. L'abordabilité et l'orientation sur les coûts ont des finalités propres, à savoir l'accessibilité financière pour les utilisateurs d'une part et le contrôle des coûts du prestataire d'autre part. Il n'y a ni conflit, ni redondance entre ces deux principes.

Il n'y a pas davantage de conflit ou de redondance entre le *price cap* et le plafond orienté sur les coûts. Le *price cap* présente des caractéristiques propres qui en limitent objectivement sa portée. La conformité d'une hausse au *price cap* ne dit rien de l'orientation du prix sur les coûts, le *price cap* tel que conçu en Belgique étant matériellement incapable d'effectuer cette vérification-là. Il est donc nécessaire de vérifier que le prix résultant d'une hausse tarifaire, jugée abordable, demeure orienté sur les coûts.

Certes, l'application simultanée du *price cap* et d'un plafond orienté sur les coûts peut avoir pour effet d'abaisser la hausse maximale autorisée en-dessous du *price cap*. Mais un tel effet s'inscrit parfaitement dans les objectifs poursuivis par la disposition en cause, à savoir assurer une saine gestion du service universel et éviter des distorsions de concurrence.

Dans ces conditions, l'IBPT n'aperçoit pas, et bpost ne démontre pas, en quoi l'abaissement qui pourrait résulter de l'application d'un double plafond serait illégal.

79.

Il est aussi inexact que le faible niveau de la marge autorisée par l'IBPT ne permettrait pas à bpost de rentabiliser les investissements qu'elle consacre à la rationalisation de ses coûts, de sorte que l'approche de l'IBPT irait à l'encontre de l'objectif de recherche d'efficacité.

L'article 12, 2^{ème} tiret de la directive postale stipule que « *les prix sont orientés sur les coûts et fournissent des incitations à une prestation efficace du service universel* ». Cette

formulation a été introduite par la directive 2008/5. L'ajout du principe selon lequel les prix doivent stimuler les gains d'efficacité est, selon l'exposé des motifs de la proposition de directive⁴⁵, destiné à améliorer l'application de l'orientation sur les coûts dans l'intérêt des utilisateurs. L'autorité de régulation doit dès lors écarter de la base de coûts pris en compte pour déterminer le prix orienté sur les coûts les coûts qu'elle juge inefficaces au regard de la nécessité « *d'assurer une saine gestion du service universel et d'éviter des distorsions de concurrence* »⁴⁶. Les coûts pris en compte doivent être ainsi valorisés à un niveau qui incite le prestataire du service universel « *à une prestation efficace du service universel* »⁴⁷. La recherche d'une plus grande efficacité des prestataires du service universel dans l'intérêt des utilisateurs s'explique par le fait que le service postal public a été ou est encore « *inefficace et déficitaire* ». Le prestataire du service universel est ainsi incité à absorber une partie de l'impact de la baisse de volume par une réduction de son outil de production et des améliorations de productivité⁴⁸.

La non-approbation de la hausse sollicités par bpost et, par effet, le maintien en 2017 des tarifs appliqués en 2016 laissent à bpost une marge suffisante pour se rémunérer de façon confortable et investir dans l'amélioration de son efficacité. Il s'avère ainsi, qu'en dépit de la diminution des volumes attendue en 2017, les marges tirées par bpost du panier des petits utilisateurs devraient être au minimum de [CONFIDENTIEL]⁴⁹ sur le panier et grimper à [CONFIDENTIEL]⁵⁰ sur le prix du timbre (lettre nationale égrenée). Ces marges apparaissent, elles-mêmes, élevées au regard du niveau de marge considéré comme raisonnable notamment par la Commission européenne vis-à-vis de bpost ou par bpost elle-même (fourchette de 7,5 à 15%). Bpost ne conteste pas les chiffres avancés par l'IBPT

Le fait qu'au cours des dernières années, bpost n'ait pas utilisé tout l'espace offert par le *price cap* ne signifie pas que le prix plein résultant de la hausse sollicitée par bpost pour 2017 aurait été orienté sur des coûts nécessairement efficaces. L'écart important qui existe entre l'évolution de l'inflation et l'augmentation du prix du timbre illustre à suffisance,

⁴⁵ Proposition de directive de la Commission européenne du 18 octobre 2006 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, COM(2006) 594, exposé des motifs, p. 5.

⁴⁶ Directive 97/67, considérant 26.

⁴⁷ Directive 97/67, telle que modifiée, article 12, 2^{ème} tiret, *in fine*.

⁴⁸ Voir, à ce sujet, Décision contestée, §§ 88-90.

⁴⁹ Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-25%. La donnée confidentielle figure au § 91, p. 34 des conclusions de l'IBPT.

⁵⁰ Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 20-30%. La donnée confidentielle figure au § 91, p. 34 des conclusions de l'IBPT.

étant entendu que les coûts totaux de bpost ont diminué en parallèle de la contraction des volumes (cfr graphique, § 92 des conclusions de l'IBPT).

Il convient, enfin, de tenir compte du fait que la Décision contestée porte uniquement sur la hausse sollicitée par bpost pour 2017. Comme expressément indiqué dans la Décision, l'IBPT n'a pas préjugé – et ne pouvait d'ailleurs pas légalement préjuger – de la manière dont l'orientation sur les coûts et le niveau raisonnable de la marge seront, le cas échéant, appréciés pour les années à venir. Il ne peut dès lors en être déduit que la marge indicative de 15% utilisée comme référence dans le cadre de la Décision contestée serait nécessairement figée. Une marge supérieure pourrait ainsi très bien être appliquée à l'avenir, si les circonstances et le contexte juridico-économique le justifient. Incidemment, une telle marge supérieure est déjà d'application en 2017 ([CONFIDENTIEL]⁵¹ en moyenne sur base des estimations, pourcentage sans doute encore supérieur sur la base des chiffres réels).

Dans ces conditions, l'IBPT ne perçoit pas comment la non-approbation de la hausse tarifaire sollicitée par bpost pourrait être considérée comme contraire à la nécessité de fournir des incitations à une prestation efficace du service universel.

80.

Il est aussi inexact que la limitation de la marge serait susceptible à terme de mettre en péril l'équilibre financier du service universel.

Bpost se méprend sur la portée de la Décision qui est limitée à l'exercice 2017 et ne préjuge pas de la manière dont les hausses futures seront, le cas échéant, appréciées le moment venu. Les scénarios catastrophes envisagés par bpost à moyen terme ou les « *chocs tarifaires* » craints par celle-ci sont totalement spéculatifs à ce stade. L'orientation sur les coûts dans sa dimension basse devrait de toute façon contribuer à éviter que de tels scénarios ne surviennent.

L'IBPT ne perçoit pas comment l'équilibre du service universel pourrait être mis à mal en 2017 en raison de la non-approbation de la hausse sollicitée par bpost. Selon les projections de l'IBPT, bpost devrait percevoir, sur le panier des petits utilisateurs en 2017, une marge de [CONFIDENTIEL]⁵² en appliquant les tarifs en vigueur en 2016 sur les volumes estimés par

⁵¹ Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-25%. La donnée confidentielle figure au § 93, p. 35 des conclusions de l'IBPT.

⁵² Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-25%. La donnée confidentielle figure au § 97, p. 35 des conclusions de l'IBPT.

bpost pour 2017. Il est même probable que la marge que bpost tirera du panier en 2017 soit encore supérieure au pourcentage projeté, si les coûts sous-jacents suivent la même évolution que celle enregistrée sur la période 2013-2015. L'équilibre financier du panier est donc assuré⁵³.

81.

La limitation de la marge n'est pas non plus incompatible avec l'objectif de libéralisation et de promotion de la concurrence.

La concurrence sur le panier des petits utilisateurs est très limitée. Seuls deux fournisseurs sont présents du côté de l'offre : bpost et TBC-Post.

En 2014, les parts de marché pour la distribution d'envois de correspondance sur le territoire national étaient de [REDACTED]% pour bpost et de [REDACTED]% pour TBC-Post. Pour la distribution des lettres, les parts de marché respectives étaient de [REDACTED]% et [REDACTED]%. Les performances limitées de TBC-Post s'expliquent par la présence de barrières légales et commerciales à l'expansion sur la distribution postale.

Au moment d'apprécier la hausse tarifaire sollicitée par bpost, l'IBPT ne disposait d'aucun élément factuel objectif indiquant une possible évolution de la structure concurrentielle du segment du panier des petits utilisateurs en 2017. Au jour du dépôt des présentes conclusions, l'IBPT ne dispose d'aucune autre indication.

Il s'ensuit que la non-approbation de la hausse sollicitée par bpost sur le segment du panier des petits utilisateurs n'est pas susceptible d'avoir un impact suffisamment perceptible et immédiat sur la structure concurrentielle de ce segment en 2017. Il convient, en outre, de tenir compte du fait que le maintien en 2017 des tarifs applicables en 2016 laisse une marge confortable à bpost sur le panier des petits utilisateurs et donc, en théorie, un espace économique suffisant au développement d'une concurrence (hypothétique) sur ce segment.

82.

Il est aussi inexact, comme le soutient bpost à titre subsidiaire, que, si la cour devait considérer que l'orientation sur les coûts vise (aussi) à éviter des prix trop élevés, alors le plafond ne pourrait être déterminé qu'au regard de la notion de « prix excessifs » telle que définie en droit de la concurrence.

⁵³ Voir, également, Décision contestée, § 91.

83.

Enfin, l'IBPT soutient dans son 7^{ème} moyen, à titre subsidiaire, que si la Cour devait s'interroger sur l'articulation des principes visés aux 1^{er} et 2^{ème} tirets de l'article 12 de la directive 97/67, telle que modifiée, il serait nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice sur la portée du principe d'orientation sur les coûts dans le secteur postal, dès lors qu'il s'agit d'une notion autonome de droit européen à interpréter de façon uniforme.

Vu la nature de la disposition en cause, la jurisprudence de la Cour de justice sur la notion d'orientation sur les coûts dans d'autres secteurs et la position claire exprimée par la Commission européenne sur la portée de celle-ci en matière postale, le quatrième moyen de bpost ne pourrait en aucun cas prospérer sans s'adresser préalablement à la Cour de justice par voie préjudicielle.

Cette question préjudicielle pourrait se lire comme suit :

« L'article 12 de la directive 97/67, telle que modifiée, doit-il être lu en ce sens que, nonobstant l'obligation imposée par l'article 12, 1^{er} tiret, selon laquelle les prix de chacun des services faisant partie du service universel doivent être abordables, l'obligation d'orientation sur les coûts édictée par l'article 12, 2^{ème} tiret, permet d'assurer que les prix pratiqués par le prestataire du service universel ne sont pas supérieurs, dans l'intérêt des utilisateurs, aux coûts induits par la fourniture efficace desdits services, en ce compris une marge raisonnable ?

S'il est répondu positivement à la première question, l'article 12, 2^{ème} tiret, de la directive 97/67, telle que modifiée, doit-il être lu en ce sens que l'obligation d'orientation sur les coûts peut conduire à la fixation d'un prix inférieur au prix maximal résultant du principe d'abordabilité édicté à l'article 12, 1^{er} tiret ?

L'article 12, 2^{ème} tiret, lu en combinaison de l'article 22, de la directive 97/67, telle que modifiée, doit-il être lu en ce sens que, sauf disposition contraire en droit interne, il incombe à l'autorité nationale de réglementation, dans le cadre de la marge d'appréciation et de l'indépendance qui lui sont reconnues, de déterminer les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'orientation sur les coûts, en ce compris l'identification des coûts à prendre en compte, l'appréciation de leur degré d'efficacité et la détermination du bénéfice raisonnable, en tenant compte de la nécessité d'assurer une saine gestion du service universel et d'éviter des distorsions de concurrence dans l'intérêt des utilisateurs ? »

2°- Décision

84.

L'abordabilité des tarifs et l'orientation sur les coûts, visées à l'article 144ter de la loi de 1991, sont des principes distincts et autonomes s'imposant au prestataire du service universel et dont l'IBPT a pour mission de vérifier le respect, lorsqu'une augmentation tarifaire lui est soumise par le prestataire du service universel.

La mission de l'IBPT n'est pas limitée au contrôle du respect du « *price cap* » qui ne concerne que l'abordabilité.

85.

Le principe selon lequel les tarifs sont orientés sur les coûts doit être interprété en fonction de ses termes, de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation qui le prévoit.

Ce principe implique une double vérification : d'une part les prix ne peuvent pas être trop bas par rapport aux coûts (plancher), d'autre part ils ne peuvent pas être trop hauts (plafond). La lutte contre des prix trop élevés fait partie des objectifs poursuivis par la réglementation du service universel.

L'interprétation du principe dans cette double dimension, basse et haute, est confirmée par la pratique de l'IBPT antérieure à la Décision, notamment ses décisions sur les tarifs des années 2015 et 2016 (cfr infra, examen du 5^{ème} moyen), non critiquées par bpost.

86.

Dans sa dimension haute, le principe d'orientation des tarifs sur les coûts implique que le tarif d'un service ne dépasse pas les coûts de celui-ci augmenté d'une certaine marge.

S'agissant de la hauteur de cette marge, dès lors qu'elle n'est pas définie par le législateur et que celui-ci n'a pas non plus prévu de formule permettant de la fixer, celle-ci ressort du pouvoir d'appréciation de l'IBPT, qui, dans le cadre de sa décision relative à l'augmentation tarifaire qui lui est soumise, tient compte d'une série d'éléments, parmi lesquels la situation du prestataire universel, la structure du marché et la répercussion de la hausse envisagée sur les utilisateurs du service universel.

En effet, même si ni le législateur européen ni le législateur belge n'ont énoncé de manière claire et précise la manière d'appliquer le principe selon lequel les tarifs sont orientés vers les coûts, l'IBPT a été habilitée par la loi à contrôler ce principe et dès lors à en indiquer la portée concrète à l'occasion du contrôle d'une proposition de hausse tarifaire soumise par le prestataire du service universel.

Il n'est pas établi qu'en l'espèce, l'application du principe faite par l'IBPT pour refuser les hausses tarifaires envisagées par bpost procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

Il ne peut par ailleurs être reproché à l'IBPT de ne pas avoir adopté, pour l'appréciation du plafond de marge admissible, le concept de « prix excessif » appliqué en droit de la concurrence. La réglementation du droit de la concurrence et la réglementation sectorielle du service universel postal ne répondent pas intégralement aux mêmes objectifs et les notions qui sont utilisées au sein de ces réglementations n'ont dès lors pas nécessairement le même contenu.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

Examen combiné des troisième et cinquième moyens d'annulation, liés au principe général de droit de bonne administration de la justice , en ce compris le principe de sécurité juridique

1°- Position des parties

Troisième moyen d'annulation : violation des principes de bonne administration en ce qui concerne la procédure d'élaboration et d'adoption de la décision

- *Position de bpost*

87.

Bpost considère qu'en élaborant une interprétation du principe de l'orientation sur les coûts ainsi qu'une méthodologie pour l'application de ce principe aux propositions tarifaires annuelles de bpost de manière hâtive et non transparente, sans consultation des parties concernées et sans analyse d'impact, l'IBPT a manqué à son devoir de préparer la décision contestée avec diligence et minutie, prenant en compte tous les faits pertinents et s'appesantissant avec soin les intérêts concernés (première branche du moyen) ; en outre, en appliquant cette interprétation et cette nouvelle méthodologie déjà à la proposition tarifaire de bpost pour 2017, au lieu de procéder en deux temps (élaborant et adoptant d'abord la méthodologie, pour l'appliquer ensuite à la proposition tarifaire suivante), tout en sachant que l'approbation des propositions tarifaires de bpost est soumise à un échéancier très strict (délai de réponse d'un mois, application des nouveaux tarifs dès le 1er janvier de l'année suivante), l'IBPT a imposé un calendrier impossible et n'a pas respecté le droit de bpost à une procédure équitable (deuxième branche du moyen).

88.

Dans la première branche du moyen, il est fait reproche à l'IBPT de ne pas avoir préparé sa décision avec soin, conformément au devoir de prudence et de minutie.

La notion d'orientation sur les coûts n'est pas définie par la directive postale, la loi du 21 mars 1991 ou un règlement pris en exécution de cette dernière, et les travaux préparatoires offrent peu ou pas de points d'ancrage pour sa définition. Laissant de côté les objections d'ordre constitutionnel faisant l'objet du premier moyen, il est en tout cas clair qu'une telle initiative demandait un examen approfondi de la question prenant en considération tous les intérêts en cause. Cet examen ne pouvait pas être bâclé hâtivement et superficiellement. Compte tenu du fait que les options finalement retenues allaient être lourdes de conséquences, cet examen se concevait aussi mal sans la consultation de toutes les parties intéressées.

89.

Tout d'abord, l'IBPT a démarré la préparation de sa décision trop tard. En effet, le consultant chargé d'assister l'IBPT dans la préparation de la décision, WIK, n'a commencé ses travaux que fin mai 2016, c'est-à-dire à peine trois mois avant la date à laquelle bpost devait introduire sa proposition tarifaire pour 2017. On ne perçoit absolument pas pourquoi l'IBPT n'aurait pas pu démarrer les travaux plus tôt, d'autant plus que le principe de l'orientation sur les coûts est inscrit dans la loi du 21 mars 1991 depuis 1999 et que l'IBPT est chargée depuis 2011 du contrôle *ex ante* de la conformité avec ce principe des augmentations tarifaires pour les produits du panier des petits utilisateurs (et auparavant déjà du contrôle *a posteriori*). Compte tenu aussi des vacances d'été et du fait qu'une fois bpost avait introduit son dossier, l'IBPT était tenu de prendre une décision endéans un mois (voir le développement du deuxième moyen), il est clair que le délai de trois mois était insuffisant pour mener à bien un projet d'une telle envergure et importance. Le dossier administratif permet aussi de constater que la note méthodologique et le rapport final de WIK n'ont été finalisés que le 5 octobre 2016, c'est-à-dire seulement deux jours avant la communication du premier projet de décision à bpost. Cela veut dire que la méthodologie pour la vérification de l'orientation sur les coûts de la proposition tarifaire de bpost n'était pas encore arrêtée au moment où bpost a introduit cette proposition.

90.

L'IBPT s'est donc enfermé dans un calendrier trop strict, ce qui l'a conduit à adopter son nouveau concept de l'orientation sur les coûts et sa nouvelle méthodologie en même temps

que la décision appliquant déjà ce concept et cette méthodologie à la proposition tarifaire de bpost pour 2017, au lieu de procéder en deux étapes.

91.

Le délai était aussi trop court pour permettre une consultation des autres parties intéressées, procéder à une évaluation d'impact ou effectuer un « *benchmark* » sérieux avec la pratique des régulateurs des autres États membres.

Selon les *Better Regulation Guidelines* de la Commission européenne et les meilleures pratiques des régulateurs étrangers, la préparation soignée d'une décision administrative susceptible d'avoir un impact important dépassant les seuls intérêts de la personne à qui elle est adressée, passe aussi par une évaluation d'impact. Or, en l'occurrence, la décision contestée a un impact important non seulement sur bpost, mais sur le secteur postal dans son ensemble, y compris les concurrents et les utilisateurs, et aussi sur l'Etat et donc sur les intérêts publics (voir le développement du septième moyen).

Force est de constater que l'IBPT n'a effectué aucune évaluation d'impact ni consulté les parties concernées par la décision (sauf bpost, mais cette dernière seulement après l'adoption du premier projet de décision). Jusqu'à la communication du premier projet de décision, l'IBPT a travaillé en coulisses, laissant en outre à son consultant le soin non simplement de faire des recommandations sur des aspects techniques ou méthodologiques, mais de décider comment il fallait interpréter la notion même d'orientation sur les coûts. En agissant ainsi, l'IBPT s'est non seulement écarté de sa propre pratique en matière de communications électroniques, mais aussi de ses propres orientations stratégiques telles qu'annoncées dans son plan stratégique.

Il faut donc conclure que l'IBPT n'a pas préparé la décision avec soin, sur la base d'un examen minutieux, complet et impartial des faits

92.

Dans la deuxième branche du moyen, bpost reproche à l'IBPT une violation du devoir de prudence dans la procédure d'adoption de la Décision et une violation de l'article 19 de la loi IBPT-statut et du droit d'être entendu (principe « *audi et alteram partem* »), également consacré par l'article 41.2(a) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit le droit à une bonne administration et constituant également la méconnaissance du droit de bpost à bénéficier d'une procédure équitable.

93.

Le dossier administratif révèle que WIK a commencé l'élaboration d'une méthodologie pour la mise en œuvre du principe de l'orientation sur les coûts en mai 2016. Bpost n'a été impliquée d'aucune manière dans les travaux de WIK et n'en connaissait même pas l'existence jusqu'au moment où l'IBPT lui a communiqué son premier projet de décision, le 7 octobre 2016. Il ressort d'ailleurs aussi du dossier administratif que la note méthodologique et le rapport final de WIK, sur lesquels ce premier projet de décision était basé, n'ont été finalisés que le 5 octobre 2016, donc seulement deux jours avant la communication de ce projet à bpost. WIK a donc travaillé plus de quatre mois à l'élaboration de la méthodologie utilisée dans le premier projet de décision. Néanmoins, l'IBPT n'a initialement accordé à bpost qu'un délai de deux semaines pour répondre à ce projet.

Certes, l'IBPT a fini par accepter de brèves extensions des délais pour répondre tant au premier qu'au deuxième projet de décision. Cependant, si bpost a donc bien eu l'occasion de faire valoir ses arguments à propos de ces deux projets, elle n'a pas pu le faire dans des circonstances raisonnables. En effet, l'IBPT a créé des circonstances dans lesquelles il n'était pas possible pour bpost d'exercer son droit d'être entendu sans contrainte.

La contrainte résultait pour bpost de l'écoulement du temps avant l'entrée en vigueur prévue de ses nouveaux tarifs, en principe le 1^{er} janvier 2017. Il faut souligner que si le législateur a prévu un délai d'un mois pour la prise de décision, c'est pour assurer que bpost dispose ensuite encore de suffisamment de temps pour l'implémentation des nouveaux tarifs avant leur entrée en vigueur effective, en principe le 1^{er} janvier de l'année suivante. Un retard de la décision, avec l'incertitude qui en résulte, entraîne assez rapidement des conséquences dommageables pour bpost. Un retard de seulement quelques semaines peut déjà mettre en péril l'implémentation des nouveaux tarifs pour le 1^{er} janvier de l'année suivante, même si l'IBPT finit par approuver les tarifs proposés. Or en l'occurrence, la décision contestée a été adoptée trois mois *après* la date à laquelle les tarifs étaient censés entrer en vigueur.

94.

Le délai relativement court d'un mois prévu par la loi indique aussi que le législateur concevait la décision comme une décision de routine, faisant une application presque mécanique de critères préétablis. C'est dire que la procédure, avec son échéancier strict, ne se prête pas à l'introduction de notions et de méthodologies totalement nouvelles, sur lesquelles bpost n'a encore jamais eu l'occasion de faire valoir son point de vue, et qui constituent d'ailleurs une rupture avec la pratique antérieure de l'IBPT (voir le développement du cinquième moyen).

En introduisant une nouvelle définition du concept d'orientation ainsi qu'une nouvelle méthodologie pour son application dans un projet de décision appliquant déjà cette définition et cette méthodologie à la demande d'augmentation tarifaire pour 2017, l'IBPT n'a pas agi en autorité administrative prudente et raisonnable et a violé les droits procéduraux de bpost. En effet, l'IBPT a ainsi placé bpost dans une situation où une défense vigoureuse de ses intérêts entraînerait inévitablement un retard de la prise de décision, avec toutes les conséquences dommageables que cela impliquait pour bpost. bpost se trouvait confrontée à une décision que l'IBPT avait préparée pendant des mois avec l'aide d'un consultant, sans la moindre transparence. Cette décision soulevait de surcroît des problèmes complexes, tant sur le plan des principes que sur le plan de la méthodologie, et nécessitait donc une réponse fouillée et bien étayée. On peut même dire qu'en procédant de la sorte, l'IBPT a tendu à bpost une sorte d'« embuscade régulatrice » (« *regulatory ambush* »), en plaçant bpost devant un fait accompli en ce qui concerne l'interprétation de la notion d'orientation sur les coûts et dans l'impossibilité de mener une défense vigoureuse en vue de convaincre le régulateur de changer son approche, sans mettre en danger l'objet même de sa demande – la modification des tarifs à partir du 1^{er} janvier 2017.

Pour que le droit d'être entendu ne soit pas vidé de son sens, il faut que les arguments que la personne concernée fait valoir à propos de la décision envisagée soient au moins potentiellement susceptibles de changer l'avis de l'autorité administrative. Cela implique aussi que ce droit doit pouvoir s'exercer dans des circonstances qui ne causent pas à la personne concernée un préjudice qui est irréversible même si l'autorité change effectivement d'avis et lui donne raison. Or, en l'occurrence, il est évident que tel n'a pas été le cas. Même si l'IBPT avait finalement approuvé l'augmentation tarifaire proposée par bpost, il aurait été impossible de revenir dans le temps et appliquer les nouveaux tarifs à partir du 1^{er} janvier 2017.

95.

L'IBPT aurait parfaitement pu éviter de placer bpost dans ces circonstances peu propices à l'exercice de son droit d'être entendu. En effet, le principe de l'orientation sur les coûts est inscrit dans la Loi de 1991 depuis plus de dix ans et l'IBPT a été investi d'une compétence de contrôle *ex ante* de la conformité des tarifs des produits du panier des petits utilisateurs depuis 2011 (et auparavant déjà d'une compétence de contrôle *a posteriori*). Il n'y avait donc pas d'urgence soudaine à appliquer le principe de l'orientation sur les coûts à la proposition tarifaire de bpost pour 2017. A supposer que l'IBPT avait la compétence de définir l'orientation sur les coûts en lieu et place du législateur (*quod non*), rien n'empêchait l'IBPT de démarrer plus en amont le processus d'élaboration d'une méthodologie pour l'application de ce principe aux demandes d'augmentations tarifaires de bpost. Pour

respecter pleinement les droits de bpost, l'IBPT aurait pu et dû travailler en deux temps : d'abord, élaborer la méthodologie, en impliquant bpost dans le processus, ou à tout le moins en accordant à celle-ci l'occasion de faire valoir ses arguments sans contrainte, et ensuite, appliquer cette méthodologie à la prochaine demande d'augmentation tarifaire de bpost. En sautant la première étape, l'IBPT a indûment restreint les droits procéduraux de bpost alors qu'il n'y avait aucune urgence particulière à agir de la sorte.

96.

En plus de restreindre indûment le droit d'être entendu de bpost, on peut considérer que l'IBPT a également violé son obligation de « *fair play* ». Le devoir de « *fair play* » de l'administration implique que l'administration doit s'abstenir de toute manœuvre délibérée pour rendre plus difficile à l'administré l'exercice de ses droits procéduraux et/ou la défense de ses intérêts. On peut en effet considérer que l'IBPT a placé bpost dans des circonstances dont elle savait (ou ne pouvait ignorer) qu'elles empêcheraient bpost de défendre ses intérêts sans contrainte indue.

Il convient donc de constater que l'IBPT n'a pas agi comme une autorité administrative raisonnable et prudente en ce qui concerne la procédure d'adoption de la décision, qu'il a méconnu son devoir de « *fair play* » et qu'il a indûment restreint le droit de bpost à être entendu.

- *Position de l'IBPT*

97.

L'IBPT soutient que le moyen, en tant qu'il invoque une violation des devoirs de prudence, de minutie et du principe de *fair play*, est irrecevable (14^{ème} moyen de l'IBPT).

Le Conseil d'Etat a déjà jugé que « *le devoir de minutie ne constitue pas une règle de droit, une décision en tout point légale ne pouvant être annulée au motif que son élaboration aurait été bâclée. Le manque de soin dans la préparation d'une décision est seulement de nature à engendrer des illégalités, qui, elles, pourraient justifier l'annulation d'une décision* »⁵⁴ et que « *le principe général de bonne administration en vertu duquel l'administration est tenue d'agir avec prudence et fair-play n'est pas une règle de droit positif* »⁵⁵.

⁵⁴ C.E., 22 mai 2017, *Ville de Châtelet*, 258.282 ; voy. également C.E., 30 mai 2016, *S.A. Envemmat et consorts*, 236.621.

⁵⁵ C.E., 1^{er} octobre 1999, *S.P.R.I. « Chez Munir et Flore » et Unal*, 82611 ; voy. également C.E., 13 juillet 2004, *Hondermacq*, 133.843.

En l'espèce, bpost ne démontre pas en quoi une attitude autrement plus prudente ou minutieuse de la part de l'IBPT aurait conduit à un résultat différent. Surtout, les illégalités que bpost dénonce dans sa requête, singulièrement aux premier et quatrième moyens, auraient existé, quelle que soit l'attitude de l'IBPT.

Le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de ces principes

98.

A titre subsidiaire, l'IBPT fait valoir qu'un contrôle approfondi de l'orientation sur les coûts a été annoncé à bpost dès le 17 novembre 2015, de sorte qu'il ne peut être reproché à l'IBPT de s'être précipitée ou d'avoir pris bpost par surprise (15^{ème} moyen de l'IBPT).

Dans la décision du 21 septembre 2015 concernant l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour l'année 2016, l'IBPT a indiqué que les conclusions tirées pourront être révisées au cas où une analyse approfondie du principe d'orientation sur les coûts devait être menée.

Le 17 novembre 2015, l'IBPT publie son projet de plan d'activité annuel (ou « plan opérationnel ») pour l'année 2016, tel que prévu par l'article 34 de la loi IBPT-statut. Ce document décrit les objectifs opérationnels et les priorités en termes d'analyses et de décisions que l'IBPT entend réaliser au cours de l'année à venir. Le plan d'activité annuel s'inscrit dans le plan stratégique, visé par cette même disposition.

Dans le projet de plan opérationnel publié le 17 novembre 2015, l'IBPT dédie, pour la première fois, une fiche spécifique au « *contrôle de l'orientation sur les coûts des produits appartenant au service universel postal* »⁵⁶. L'IBPT y décrit ce qu'il entend par orientation sur les coûts, le contexte dans lequel ce contrôle s'inscrit et les objectifs qu'il poursuit, à savoir « *effectuer une analyse plus poussée de l'orientation sur les coûts de tous les services faisant partie de la prestation du service universel afin d'une part de s'assurer qu'il n'existe pas de subventions croisées entre ces différents produits et d'autre part de garantir que les intérêts des utilisateurs de ces produits font partie de la stratégie de fixation des prix de bpost* ». L'IBPT y décrit également le *timing* envisagé et indique, encore plus expressément, que les résultats de cette analyse seront intégrés dans le cadre de l'analyse de la proposition tarifaire de bpost pour l'année 2017 (qui par ailleurs faisait l'objet d'une fiche séparée du plan opérationnel).

99.

⁵⁶ Fiche I-P/2/2016/02, p. 54 ; pièce 2 du dossier judiciaire.

L'IBPT a organisé une consultation publique sur ce projet de plan opérationnel. Mobistar, Nethys, Win et Brutélé, Proximus et la Platform ont transmis leurs observations. Bpost n'a, quant à elle, pas jugé bon de réagir.

L'IBPT a adapté son projet à la lumière des observations reçues, et a publié la version finale de son plan d'activité pour l'année 2016 le 30 décembre 2015. Il y adjoint un résumé des contributions reçues.

Le contrôle de l'orientation sur les coûts est confirmé comme priorité pour l'année 2016.

Il en ressort que si, par le passé, l'IBPT n'a effectué qu'une vérification « sommaire » du principe d'orientation sur les coûts, il souhaite dorénavant procéder à une analyse plus poussée et se servir des résultats de cette analyse comme *input* pour le contrôle de la proposition tarifaire de bpost pour les tarifs pleins à l'unité pour l'année 2017.

100.

L'IBPT a lancé le projet en interne, dès le début de l'année 2016. Le 8 février 2016, l'IBPT adresse un courrier à bpost, lui demandant de fournir des informations sur les prix de certains produits. L'IBPT y précise le contexte de cette demande de renseignements : « Comme indiqué dans le plan opérationnel pour 2016, l'IBPT souhaite réaliser une enquête plus approfondie concernant l'orientation sur les coûts des produits du service universel »⁵⁷.

Ce courrier n'a suscité aucune réaction de bpost quant aux modalités de la méthodologie de contrôle de l'orientation sur les coûts que l'IBPT entendait utiliser.

Bpost soutient que ce courrier concerne les tarifs 2016 et qu'elle n'a aucun rapport avec la proposition tarifaire de 2017. Elle ajoute que cela visait des services dont les marges étaient trop faibles ou négatives. Elle en déduit que ce courrier ne permettait donc nullement de prévoir comment l'IBPT allait interpréter et appliquer le principe de l'orientation sur les coûts. Ce courrier illustre pourtant le fait que, bien avant l'adoption de la Décision contestée, l'IBPT avait clairement annoncé qu'il travaillait sur le principe d'orientation sur les coûts et qu'il avait l'intention d'exercer un contrôle à ce sujet.

101.

Parallèlement au travail d'analyse entrepris en interne, l'IBPT a lancé une procédure de désignation d'un consultant externe, afin de l'épauler dans cette tâche. L'appel d'offres a été communiqué aux entreprises sollicitées le 23 mars 2016. La désignation du consultant est

⁵⁷ Traduction par l'IBPT, non contestée par bpost de : « Zoals vastgelegd in het operationeel plan voor 2016 wenst het BIPT een meer uitgebreid onderzoek te verrichten naar de kostenbasing van universeledienstproducten ».

intervenue le 28 avril 2016, conformément au timing envisagé dans le plan opérationnel. WIK s'est mise au travail sans tarder, comme l'atteste le dossier administratif.

Selon bpost, le délai dont aurait bénéficié ce consultant pour exécuter sa mission aurait été trop court. Il s'agit d'une simple affirmation mais bpost ne démontre nullement que le travail du consultant aurait été mal exécuté. Et ce d'autant que bpost insiste par ailleurs en même temps sur le fait que ce consultant a travaillé « *durant plus de quatre mois* », période particulièrement longue par rapport au délai dont elle a disposé, selon elle, pour réagir aux travaux de ce consultant.

Bpost ne peut donc pas sérieusement soutenir qu'elle aurait été prise par surprise ou que l'IBPT ne l'aurait pas suffisamment informée de ses intentions et de son contrôle avant l'adoption de la Décision contestée. C'est donc à tort que bpost se réfère à l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 12 juin 2013⁵⁸ et au reproche qui y aurait été fait à l'IBPT de ne pas avoir communiqué à bpost la portée concrète d'une obligation avant d'adopter une décision. La référence à cet arrêt est d'autant moins pertinente sur ce point que, dans cette affaire, la décision attaquée était une mesure *ex post* de sanction administrative pour infraction à la législation, alors que, en l'espèce, la Décision attaquée est une mesure *ex ante* de mise en œuvre de la législation.

Le moyen de bpost selon lequel l'IBPT l'aurait prise par surprise et/ou se serait précipité manque tout simplement en fait.

102.

L'IBPT soutient aussi qu'il n'était pas légalement tenu d'organiser une consultation publique sur le projet de méthodologie et que, quand bien même l'eût-il été (quod non), bpost a été consultée de sorte que ni l'article 19 de la loi IBPT-statut ni le principe *audi alteram partem* n'ont été méconnus en l'espèce (16^{ème} moyen de l'IBPT).

103.

Bpost ne peut pas sérieusement faire reproche à l'IBPT d'avoir procédé à l'établissement de la nouvelle méthodologie précitée, sans associer bpost à son élaboration. Bpost était parfaitement au courant du fait que l'IBPT travaillait sur l'élaboration d'une nouvelle méthodologie relative à l'orientation sur les coûts, dès lors qu'il avait communiqué à ce propos sur son site internet lors de l'établissement du plan opérationnel de 2016. Dès la consultation sur le projet de plan opérationnel, bpost aurait pu marquer son intérêt pour le

⁵⁸ Conclusions de bpost, § 49 et la référence à Bruxelles (18^e ch.), 12 juin 2013, 2011/AR/2481.

sujet et y exprimer ses attentes en termes d'implication, mais ne l'a pas fait. Cette abstention contredit sa position défendue ici selon laquelle elle aurait souhaité être associée au processus initié par l'IBPT depuis le début. Dès lors, la situation dont se plaint l'intéressée résulte en réalité de son inaction. C'est donc à tort que bpost reproche à l'IBPT d'avoir travaillé en « *coulisse* » sur l'élaboration de la méthodologie.

104.

Rien ne contraignait l'IBPT à procéder à une consultation publique, une évaluation d'impact ou à effectuer un *benchmarking* en ce qui concerne la méthodologie (ni même à propos du projet d'approbation ou de refus). Dès lors, l'on aperçoit mal l'argument de bpost sur l'absence de l'une ou l'autre de ces procédures. En l'espèce, l'IBPT a pu valablement considérer qu'il disposait de suffisamment d'éléments pour développer sa méthodologie et bpost ne démontre pas que tel n'était pas le cas ou que la méthodologie adoptée révélerait une erreur manifeste d'appréciation.

105.

De surcroît, quoi qu'il en soit, bpost a été consultée sur le projet de méthodologie dans le cadre du processus d'adoption de la Décision contestée et a disposé de délais suffisants pour faire valoir utilement ses arguments, comme le relève la Décision (cfr chronologie qui y est reprise).

Au vu de ces éléments, bpost ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'aurait pas été valablement entendue ou que l'IBPT lui aurait tendu « *une sorte d'embuscade régulatrice* ».

106.

Le grief de bpost manque d'autant plus en fait que la consultation de bpost dans le cadre de l'élaboration de la Décision contestée a manifestement porté ses fruits. Le seul élément de la méthodologie que bpost a critiqué dans ses observations concerne les critères d'appréciation du bénéfice raisonnable. Et c'est précisément sur cet aspect que l'IBPT a fait évoluer le deuxième projet de décision, en modifiant l'approche utilisée dans le sens souhaité par bpost.

107.

En ce qui concerne le délai dont bpost a disposé pour faire valoir ses observations, il faut remarquer qu'elle a obtenu toutes les prolongations demandées. Rien ne permet dès lors de conclure que bpost n'aurait pas pu faire valoir son point de vue dans des circonstances équitables.

De la même manière, bpost invoque qu'elle n'a pas disposé de suffisamment de temps pour se défendre avec vigueur, mais n'explique en rien ce qu'elle aurait pu faire valoir en plus de ce qui a déjà été exposé oralement et dans les centaines de pages d'argumentation déposées par ses soins. L'IBPT ajoute que, si elle l'avait jugé nécessaire, bpost aurait pu introduire sa demande d'augmentation tarifaire plus tôt que le 29 août 2016.

108.

En tout état de cause, la Cour dispose d'une compétence de pleine juridiction. Même à imaginer que l'exigence d'audition préalable n'aurait pas été respectée en l'espèce, *quod non*, il n'entraîne pas l'annulation de la Décision contestée, dès lors que bpost a la possibilité de développer son argumentation au cours de la procédure judiciaire et que la Cour peut statuer en fait.

Il faut d'ailleurs remarquer que dans le cadre de la présente procédure, malgré le temps supplémentaire dont a disposé bpost pour développer sa position, elle n'a pas invoqué d'autres arguments de fond que ceux précédemment exposés devant l'IBPT.

Cinquième moyen d'annulation : violation du droit à la sécurité juridique

- *Position de bpost*

109.

Bpost considère qu'en adoptant une interprétation du principe de l'orientation sur les coûts tout à fait inédite, que sa pratique décisionnelle antérieure ne laissait pas prévoir, alors que les dispositions légales pertinentes n'ont nullement changé, l'IBPT a radicalement changé les règles du jeu applicables à la politique tarifaire de bpost de manière non prévisible, violant ainsi le principe de sécurité juridique.

110.

Pour les entreprises actives dans des secteurs régulés, surtout quand elles sont cotées en bourse comme bpost, la stabilité et la prévisibilité de la régulation sont d'une importance capitale. En effet, les décisions en matière d'investissements et de politique commerciale sont prises dans une perspective de plusieurs années. L'absence de stabilité et de prévisibilité de la régulation ont un effet dissuasif sur les investisseurs et peuvent donc peser lourdement sur la cotation et l'accès au financement de l'entreprise. Lors de l'entrée en bourse de bpost en 2013, l'État belge a promis de garantir un cadre réglementaire stable pour bpost.

Le principe de l'orientation sur les coûts des tarifs des services universels est inscrit dans la loi du 21 mars 1991 depuis 1999 et l'IBPT est compétent pour le contrôle préalable (*ex ante*) de la conformité avec ce principe des augmentations tarifaires des produits appartenant au panier des petits utilisateurs depuis 2011. Néanmoins, jusqu'à l'adoption de la décision contestée, l'IBPT n'a jamais donné un contenu bien concret à ce principe.

Absolument rien dans la pratique antérieure de l'IBPT ne laissait prévoir la manière dont l'IBPT applique le principe de l'orientation sur les coûts dans la Décision, c'est-à-dire comme un principe visant à éviter des prix *excessifs* ou des marges *excessives* par l'imposition d'un plafond de marge fixé à 15 % RoS. La pratique antérieure de l'IBPT ne contient donc pas d'indications claires laissant deviner comment l'IBPT envisageait d'appliquer le principe de l'orientation sur les coûts.

La seule ligne de conduite claire dans la pratique antérieure de l'IBPT est que l'Institut a toujours approuvé les demandes d'augmentations tarifaires de bpost après avoir effectué une comparaison avec les autres États membres de l'Union européenne et avoir constaté que les augmentations proposées restaient (largement) au-dessous du « *price cap* ». Vu que l'IBPT avait déjà l'obligation de vérifier la conformité des tarifs avec le principe de l'orientation sur les coûts (l'IBPT affirme même qu'il s'agit d'une compétence liée), on peut considérer que l'IBPT a ainsi confirmé, au moins implicitement, que les tarifs de bpost étaient orientés sur les coûts. Or, dans la décision contestée, après avoir constaté que les tarifs belges se situent au-dessous de la moyenne européenne et que l'augmentation tarifaire demandée reste bien en deçà du « *price cap* », l'IBPT décide néanmoins de refuser la proposition tarifaire de bpost sur la base d'un critère nouveau (à savoir le plafond de marge de 15 % RoS). Pourtant, le cadre légal est resté identique et la marge de bpost sur les produits du panier des petits utilisateurs n'a pas non plus augmenté. Dans des circonstances identiques ou en tout cas très similaires, l'IBPT a donc soudainement pris une décision opposée. La décision contestée représente ainsi une rupture non prévisible avec la pratique antérieure de l'IBPT.

L'IBPT prétend à tort que la Décision était prévisible parce que, dans ses décisions de 2013, 2014 et 2015 relatives aux tarifs 2014, 2015 et 2016, il a réservé le droit d'effectuer une analyse plus approfondie du principe de l'orientation sur les coûts ou que le contrôle de l'orientation sur les coûts fait l'objet d'une fiche dans le plan opérationnel 2016. La simple annonce de l'intention de l'IBPT qu'il compte effectuer une analyse « *plus approfondie* » ou « *plus poussée* » de l'orientation sur les coûts des tarifs de bpost ne laisse pas prévoir un revirement à 180° par rapport à sa pratique décisionnelle antérieure. Cela ne laissait

certainement pas prévoir que le principe de l'orientation sur les coûts serait interprété comme un plafond de marge absolu de 15 % *RoS*. En examinant les décisions de l'IBPT remontant à 2009, on remarque qu'avant l'adoption de la Décision, l'IBPT n'avait jamais donné d'indications claires et consistantes sur ce qu'il considérait comme une « marge raisonnable » et n'avait pas non plus précisé à quel niveau d'agrégation il convenait de vérifier l'orientation sur les coûts des tarifs. Comment l'IBPT peut-il d'ailleurs soutenir que sa décision était prévisible, quand il a encore changé d'approche entre son premier et deuxième projet de décision.

111.

Les défenses développées par l'IBPT ne peuvent être suivies. Il est manifeste que la Décision, qui interprète l'obligation d'orientation sur les coûts comme un plafonnement de la marge à 15 % (en termes de rendement sur les ventes) au niveau de six catégories de produits, va bien plus loin qu'un simple « *affinement de l'analyse communément effectuée par l'IBPT* », comme celui-ci tente de le prétendre.

Par ailleurs, il n'est pas sérieux de prétendre que la simple annonce que l'IBPT avait l'intention d'examiner de plus près l'orientation sur les coûts des tarifs rendait la *manière* dont le principe de l'orientation sur les coûts est appliqué dans la décision contestée prévisible.

Enfin, le principe de mutabilité (du service public), n'est pas d'application ici. Si la loi du changement signifie qu'il n'y a pas de droit acquis à ce que les lois ou les règlements restent inchangés, elle ne justifie pas des changements capricieux dans l'application de lois ou règlements eux-mêmes inchangés. Cela n'est pas une question de mutabilité du service public mais bien de sécurité juridique, qui est un principe fondamental de l'Etat de droit.

- *Position de l'IBPT*

112.

L'IBPT renvoie pour l'essentiel à ses développements en réponse au 3^{ème} moyen de bpost.

Vu les communications publiées par l'IBPT sur son site depuis plusieurs années et vu le fait que bpost avait été consultée sur le plan opérationnel de 2016, l'on voit mal en quoi l'intéressée aurait été surprise par l'approfondissement du principe d'orientation sur les coûts.

Surabondamment, l'IBPT souligne que l'examen des tarifs de bpost est effectué selon une fréquence annuelle, en vertu de la loi, ce qui permet une évolution, au fil des années, dans la pratique décisionnelle de l'IBPT en la matière. La sécurité juridique est assurée par le fait que le contrôle est effectué *ex ante*.

113.

Quoi qu'il en soit, l'IBPT qui accomplit une mission de service public, bénéficie du principe de mutabilité, également appelé « loi du changement », qui « *autorise les gouvernants à adapter le service public aux exigences fluctuantes de l'intérêt général* »⁵⁹. Ce principe général est communément considéré comme revêtant une valeur constitutionnelle dans la hiérarchie des normes, en se fondant sur les articles 33 et 107 de la Constitution et en considérant qu'il procède de même pour la loi de continuité du service public, qui est directement en lien avec celle de mutabilité.

Même si auparavant l'IBPT effectuait une analyse sommaire de l'orientation sur les coûts, bpost ne pouvait pas valablement s'attendre à ce que la situation reste inchangée, alors même que l'IBPT communiquait en sens contraire depuis plusieurs années.

A ce propos, le Conseil d'Etat a déjà jugé que « *les principes de sécurité juridique et de légitime confiance ne mettent pas en cause la capacité de l'autorité compétente à réglementer pour l'avenir, comme le veut la loi du changement, pour autant que l'intérêt général le justifie* »⁶⁰.

De la même manière, il a déjà été jugé que « *le moyen qui tend à soutenir que lorsqu'elle adopte une règle nouvelle, l'autorité serait tenue de respecter l'égalité entre les sujets de droit auxquels s'est appliquée la règle ancienne et ceux dont la situation est régie par la disposition nouvelle ne peut être retenu. Une telle exigence limiterait la possibilité de modifier une règle pour l'avenir dans une mesure inconciliable avec le principe de mutabilité des services publics, sous réserve du droit au respect d'une situation juridique définitivement acquise* »⁶¹.

Ces jurisprudences sont pleinement transposables au cas d'espèce. L'IBPT n'a pas porté atteinte à des situations devenues définitives, malgré les réserves émises par le passé sur le respect du principe de l'orientation sur les coûts. Par contre, il a élaboré une méthode pour

⁵⁹ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 406.

⁶⁰ C.E., 26 mai 2016, *Lemaire*, 234.864.

⁶¹ C.E., 24 septembre 2014, *Asbl des auto-écoles agréées et consorts*, 228.470.

approfondir le principe précité pour l'appréciation des hausses sollicitées pour l'année 2017, ce dont il avait averti bpost fin 2015, via le plan opérationnel 2016.

L'IBPT souligne encore qu'il n'existe aucune règle administrative du « précédent » le contraignant à reproduire, année après année, sa pratique administrative. Au contraire, l'IBPT est invité à examiner chaque année les tarifs de bpost et rien ne l'empêche, ce faisant, de voir son interprétation des règles et principes applicables évoluer. Toute autre est bien sûr la question de savoir si cette interprétation est correcte – c'est l'objet d'autres moyens – mais le simple fait que cette interprétation ait, le cas échéant, évolué au fil des exercices d'examen annuels, n'est pas condamnable.

114.

L'IBPT n'a pas bifurqué de 180° par rapport à sa ligne de conduite. Il n'a fait qu'examiner de manière approfondie le principe de l'orientation sur les coûts, ce qu'il n'avait pas été en mesure de faire auparavant mais qu'il avait annoncé qu'il ferait. Il ne s'agit dès lors pas d'un revirement. Tout au plus, d'un affinement de l'analyse communément effectuée par l'IBPT.

2°- Décision

Quant au troisième moyen : violation des principes de bonne administration en ce qui concerne la procédure d'élaboration et d'adoption de la décision

115.

Dans le projet de plan opérationnel publié le 17 novembre 2015, l'IBPT dédie, pour la première fois, une fiche spécifique au « *contrôle de l'orientation sur les coûts des produits appartenant au service universel postal* »⁶². L'IBPT y décrit ce qu'il entend par orientation sur les coûts, le contexte dans lequel ce contrôle s'inscrit et les objectifs qu'il poursuit, à savoir « *effectuer une analyse plus poussée de l'orientation sur les coûts de tous les services faisant partie de la prestation du service universel afin d'une part de s'assurer qu'il n'existe pas de subventions croisées entre ces différents produits et d'autre part de garantir que les intérêts des utilisateurs de ces produits font partie de la stratégie de fixation des prix de bpost* ». L'IBPT y décrit également le *timing* envisagé et indique, encore plus expressément, que les résultats de cette analyse seront intégrés dans le cadre de l'analyse de la proposition

⁶² Fiche I-P/2/2016/02, p. 54 ; pièce 2 du dossier judiciaire.

tarifaire de bpost pour l'année 2017 (qui par ailleurs faisait l'objet d'une fiche séparée du plan opérationnel).

L'IBPT a organisé une consultation publique sur ce projet de plan opérationnel, auquel bpost aurait pu participer, mais elle ne l'a pas fait.

L'IBPT a donc bien agi avec transparence en annonçant à l'avance sa décision de procéder à une analyse plus poussée qu'auparavant du principe de l'orientation sur les coûts des services faisant partie du service universel.

Il ne peut pas non plus être fait en soi reproche à l'IBPT d'avoir missionné un consultant pour l'assister dans cette analyse.

Aucun manquement à l'obligation de préparer une décision avec soin, sur la base d'un examen minutieux, complet et impartial des faits, n'est dès lors établi.

116.

Enfin, bpost, qui s'est vue communiquer deux projets de décisions avant l'intervention de la décision finale, et dont les observations ont été prises en compte de manière significative entre le premier et le second projet (cfr l'évolution de la position de l'IBPT par rapport au mode de calcul et à la hauteur de la marge), ne peut soutenir que la procédure n'aurait pas été équitable à son encontre ou que son droit d'être entendue (« *audi et alteram partem* ») n'aurait pas été respecté, outre que bpost dispose encore, devant la présente cour, d'un recours de pleine juridiction pour faire valoir son point de vue.

Par conséquent, le moyen, en cette branche, n'est pas non plus fondé.

Quant au cinquième moyen : violation du principe de sécurité juridique

117.

Le principe général du droit de bonne administration (ou principe de « *behoorlijk bestuur* ») impose à l'administration et à toute autorité administrative de se conformer aux règles de bonne conduite généralement admises qui s'imposent à l'administration dans ses rapports avec les administrés (P. Marchal, *Principes généraux du droit*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 133 et s., n° 98).

118.

Parmi les règles de bonne conduite que l'administration doit respecter, figure le droit à la sécurité juridique des administrés ou principe de confiance légitime.⁶³

Le principe du droit à la confiance légitime et de la sécurité juridique contraint l'administration « à ne pas tromper la confiance que l'administré a pu lui faire ou, à tout le moins, à s'expliquer sur les motifs de ne pas suivre la voie précédemment tracée » (J. Salmon, J. Jaumotte et E. Thibaut, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 858, n° 388. Cfr aussi l'étude récente de R. Simar et P. Abba, « Sécurité juridique, légitime confiance, patere legem quam ipse fecisti. Transparence administrative ou principes transparents ? », in *Les principes généraux de droit administratif, actualités et applications pratiques*, Larcier, 2017, p. 92 et s.).

Il implique que l'autorité administrative doit s'abstenir de mettre inutilement en péril la confiance que l'administré doit pouvoir avoir en elle ; celui-ci doit pouvoir se fier à une ligne de conduite fixe de l'autorité (Cass. 11 février 2011, Pas. 2011, I, 490). Dans son arrêt du 11 février 2011, la Cour de cassation indique en particulier que :

« Le principe général de bonne administration comprend le droit à la sécurité juridique. Le droit à la sécurité juridique implique que le citoyen doit pouvoir compter sur ce qu'il ne peut interpréter autrement que comme une règle de conduite ou politique fixe de l'autorité publique. Il s'ensuit que les attentes que crée l'autorité publique auprès du citoyen doivent, en règle, être honorées. Les attentes du citoyen ne peuvent, toutefois, pas être fondées sur une pratique illégale. Le juge du fond apprécie souverainement s'il existe une ligne de conduite fixe, à condition qu'il ne méconnaisse pas la notion de ligne de conduite fixe. »

Le principe n'implique cependant :

- ni que l'administré puisse invoquer la non-application de la norme ou la violation de celle-ci par l'administration pour l'empêcher d'appliquer la norme à son encontre (le principe de légalité primant le principe de sécurité juridique, cfr Cass. 6 novembre 2000, Pas., 2000, n° 598, avec les concl. prem. av. gén. J. Fr. Leclercq) ;
- ni que l'administré puisse invoquer un droit acquis à ce que la norme ne soit pas modifiée puisque, en vertu de la loi du changement, l'administration peut toujours adopter un nouveau règlement ou modifier un règlement, pour tenir compte des circonstances changeantes de l'intérêt général (cfr sur ce principe l'étude récente de B. Gors, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue :

⁶³ Entendu comme un seul principe général. Cfr J. Salmon, J. Jaumotte et E. Thibaut, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 857 et s. D'autres auteurs considèrent qu'il s'agit de deux principes distincts.

retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », in *Les principes généraux de droit administratif, actualités et applications pratiques*, Larcier, 2017, p. 92 et s.).

119.

La règle selon laquelle les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel fourni par le prestataire du service universel sont « orientés sur les coûts » (article 144ter de la loi de 1991, § 1, 2) existe depuis 1999 (disposition insérée par l'art. 18 de l'A.R. du 9 juin 1999, en vigueur le 18 août 1999).

L'IBPT est chargé depuis le 1^{er} janvier 2011 (cfr loi du 13 décembre 2010, en vigueur le 31 décembre 2010) de vérifier le respect de ce principe lors du contrôle préalable des augmentations de tarifs qui sont sollicitées par bpost.

A partir de 2006, le Roi a défini dans une formule la *price cap* qui doit être respecté de manière à garantir l'abordabilité des tarifs pour le panier des petits utilisateurs.

120.

Bpost produit à son dossier les décisions de l'IBPT concernant ses propositions d'augmentations tarifaires à partir de celle concernant l'année 2009.

A partir de l'analyse des tarifs 2010, les décisions de l'IBPT comportent une section relative au principe d'orientation sur les coûts :

Pour les tarifs de l'année 2013⁶⁴, l'IBPT conclut au respect des principes après avoir constaté que :

- « - les hausses tarifaires proposées par bpost pour 2013 ne compensent pas les tranches de produits déficitaires, en 2011, suivants : le timbre Prior national vendu à la pièce, tous les timbres pour les destinations internationales et les colis LLS ;
- pour les autres produits, les marges estimées sur base des demandes d'augmentation tarifaires pour 2013 seraient de l'ordre de [CONFIDENTIEL]⁶⁵ %

Pour les tarifs de l'année 2014, l'IBPT conclut au respect des principes après avoir constaté que :

⁶⁴ Pièce 12 du dossier de bpost; version non-confidentielle de la décision.

⁶⁵ Selon le projet de décision (également pièce 12 du dossier de bpost), les chiffres confidentiels apparaissent page 12, premier paragraphe, de ce projet de décision.

« L'IBPT n'a pas effectué d'analyse détaillée du principe d'orientation sur les coûts. L'orientation sur les coûts a cependant été vérifiée sur la base des feuilles de coûts envoyées.

L'IBPT constate que les augmentations tarifaires proposées par bpost pour 2014 ne compensent pas toutes les catégories de produits déficitaires en 2012 ; en particulier, le timbre prior national à l'unité, les timbres-poste pour les destinations internationales et les colis.

Pour analyser plus avant cet aspect, une analyse complémentaire serait éventuellement nécessaire »⁶⁶

Pour l'année 2015, l'IBPT aboutit à une même conclusion après avoir constaté⁶⁷ :

« Au regard des coûts communiqués par bpost à l'IBPT (tel que repris à l'annexe 2)[CONFIDENTIEL], l'IBPT fait les constats suivants :

1. Certains produits, déficitaires en 2013, le restent et ce malgré les augmentations tarifaires prévues pour 2015 :

-- [CONFIDENTIEL]⁶⁸

2. Les autres produits permettent la réalisation de marges, estimées sur base des demandes d'augmentations tarifaires pour 2015 et de la liste de coûts fournie par bpost. Celles-ci sont de l'ordre de [CONFIDENTIEL].

Ces produits sont :

-- [CONFIDENTIEL]

À première vue, l'orientation sur les coûts de certains produits pose question. En effet, pour que le prix d'un produit soit considéré comme orienté sur les coûts, il faut que celui-ci permette de couvrir les coûts engendrés par la fourniture du produit en question, augmentés d'une marge raisonnable.

Ainsi, l'IBPT considère les marges estimées pour la vente d'un timbre Prior domestique par 10 unités ainsi que celles estimées pour les colis Taxipost 24 et Taxipost Secur comme étant raisonnables.

⁶⁶ Pièce 13 du dossier de bpost; version non-confidentielle de la décision.

⁶⁷ Bpost produit à la pièce 14 de son dossier la version confidentielle de la décision (en néerlandais). Ce qui suit est le texte non-confidentiel de la décision (en français), tel que repris sur le site interne de l'IBPT.

⁶⁸ Les parties confidentielles de la décision peuvent être consultées dans la version confidentielle de la décision, pièce 14 du dossier de bpost.

En revanche, le respect du principe d'orientation sur les coûts est moins évident pour les autres produits dont la marge estimée est supérieure à [CONFIDENTIEL]. Néanmoins, il convient de quelque peu nuancer certaines de ces estimations car certains paramètres susceptibles d'influencer le coût ou, à tout le moins, l'orientation sur les coûts de certains tarifs, ne sont pas pris en compte dans la liste de coûts transmise par bpost.

Sur base de l'information disponible et étant donné le court laps de temps à sa disposition, l'IBPT n'a pu effectuer qu'une vérification sommaire du principe d'orientation sur les coûts.

Par conséquent, les conclusions tirées de cette analyse pourront éventuellement être révisées dans le cas où une analyse approfondie du principe d'orientation sur les coûts devait être menée.

Suite à la vérification effectuée, et sous réserve d'une éventuelle analyse approfondie, l'IBPT, tout en soulignant le fait que certaines catégories de produits sont déficitaires, estime que l'orientation sur les coûts, imposée par l'article 144ter, §1, 2°, est globalement respectée.

À l'avenir, l'IBPT souhaiterait pouvoir disposer d'information plus détaillée à propos des coûts, et ce afin de pouvoir procéder à une vérification approfondie principe d'orientation sur les coûts.

Pour les tarifs de l'année 2016, l'IBPT arrive toujours à cette conclusion, en constatant que⁶⁹ :

« Au regard des coûts communiqués par bpost à l'IBPT (tels que repris à l'annexe 2), l'IBPT fait les constats suivants :

1. Certains produits, déficitaires en 2014, le restent et ce malgré les augmentations tarifaires prévues pour 2016 :

[CONFIDENTIEL]

2. Les autres produits permettent la réalisation de marges, estimées sur la base des demandes d'augmentations tarifaires pour 2016 et de la liste de coûts fournie par bpost. Celles-ci sont

8 Cf. Annexe 4

9 Voir annexe 3 pour plus de détails.

⁶⁹ Bpost produit à la pièce 15 de son dossier la version confidentielle de la décision. Ce qui suit est le texte non-confidentiel de la décision, tel que repris sur le site internet de l'IBPT. Les données confidentielles peuvent être consultées à la pièce 15 de bpost (accessible à la Cour et aux parties).

[CONFIDENTIEL]

À première vue, l'orientation sur les coûts de certains produits pose question. En effet, pour que le prix d'un produit soit considéré comme orienté sur les coûts, il faut que celui-ci permette de couvrir les coûts engendrés par la fourniture du produit en question, augmentés d'une marge raisonnable.

Ainsi, l'IBPT considère les marges estimées pour la vente d'un timbre Prior domestique par 10 unités ainsi que celles estimées pour les services de colis bpack Prepaid 24H, bpack Prepaid Pay@Home, bpack Prepaid Secur, bpack Prepaid Mini et bpack World Light Prepaid Prior comme étant raisonnables.

En revanche, le respect du principe d'orientation sur les coûts est moins évident pour les autres produits dont la marge est estimée à [CONFIDENTIEL]. Néanmoins, il convient de quelque peu nuancer certaines de ces estimations car un certain nombre de paramètres susceptibles d'influencer le coût ou, à tout le moins, l'orientation sur les coûts de certains tarifs, ne sont pas pris en compte dans la liste de coûts transmise par bpost.

Sur la base des informations disponibles et étant donné le court laps de temps dont il dispose, l'IBPT n'a pu effectuer qu'une vérification sommaire du principe d'orientation sur les coûts, laquelle est discutée plus en détail à l'annexe 3.

Par conséquent, les conclusions tirées de cette analyse pourront éventuellement être révisées au cas où une analyse approfondie du principe d'orientation sur les coûts devait être menée. »

121.

Il se déduit de l'examen de ces décisions que, antérieurement à la Décision critiquée, dans l'examen du principe d'orientation sur les coûts, l'IBPT :

- se préoccupe à la fois du respect du principe dans sa dimension « basse » - à savoir exprime sa préoccupation de voir certains prix déficitaires par rapport aux coûts – et dans sa dimension « hausse » ;
- dans sa dimension « hausse », l'IBPT exprime l'idée que le principe implique que le prix couvre les coûts, augmenté d'une marge raisonnable ;

Par contre, l'IBPT ne donne pas d'indication claire sur ce qui constitue une marge raisonnable ; dans ses décisions concernant les tarifs 2015 et 2016, elle indique ainsi des seuils différents concernant le caractère potentiellement non raisonnables des coûts (différents aussi des 15 % retenus dans la Décision), mais sans en tirer de conséquences juridiques, puisqu'elle admet finalement la conformité des tarifs sollicités aux principes.

122.

Dans le premier projet de Décision, communiqué le 5 octobre 2016⁷⁰, l'IBPT énonce que :

3.3.2.1. Orientation sur les coûts

Lors de l'approbation des tarifs du panier du petit utilisateur pour l'année 2016, l'IBPT n'avait pu effectuer qu'une vérification sommaire de l'orientation sur les coûts de ces tarifs et ce en raison notamment de l'absence de méthodologie clairement définie et de données suffisamment complètes pour procéder à une évaluation détaillée du caractère orienté sur les coûts ou non des produits faisant partie du service universel.

L'IBPT a depuis lors fait le choix d'une méthodologie à suivre pour la vérification de l'orientation sur les coûts de tarifs des services postaux relevant du service universel. Cette méthodologie est décrite de manière détaillée dans la « Note méthodologique pour la vérification du principe d'orientation sur les coûts des tarifs des services fournis par le prestataire du service universel postal » rédigée par WIK GmbH pour le compte de l'IBPT et annexée à la présente décision.

Ainsi, par souci de simplicité et afin d'éviter de générer une charge administrative trop importante, la vérification est effectuée non pas pour chaque ligne de produit ou chaque prix retenus individuellement, mais pour six groupes de produits, à savoir :

- *Les lettres nationales*
- *Les lettres nationales : services supplémentaires*
- *Les paquets nationaux*
- *Les lettres internationales*
- *Les lettres internationales : services supplémentaires*
- *Les paquets internationaux*

La méthode Fully Allocated Costs (FAC) est utilisée dans le cadre de la présente vérification. Ces coûts entièrement répartis sont basés sur les coûts réels de bpost. Pour effectuer sa vérification, l'IBPT s'est basé sur la totalité des coûts et des revenus issus de la comptabilité analytique de bpost et audités par le Collège des Commissaires. Les données disponibles les plus récentes en terme de coûts et de revenus étant celles de 2015, une estimation des revenus pour l'année 2017 a été effectuée sur base des prévisions d'évolution des volumes

⁷⁰ Pièce 1 du dossier administratif (les éléments confidentiels sont ici omis, de manière similaire à la ligne de conduite adoptée pour l'IBPT dans l'élaboration de la version non-confidentielle de la Décision définitive).

communiquées par bpost pour chacun des six groupes de produits. Pour ce qui concerne les coûts, l'IBPT est parti du principe que ceux-ci seraient identiques sur la période 2015-2017 indépendamment des baisses de volumes prévues sur la période et ce, afin d'éviter au maximum toute sous-estimation.

Pour l'appréciation du caractère orienté sur les coûts des différents groupes de produits inclus dans le panier du petit utilisateur, il a également été tenu compte d'une marge raisonnable à laquelle bpost doit pouvoir prétendre, même sur des services réglementés. Ce taux de rendement raisonnable est calculé sur base du coût réel du capital de bpost.

Après vérification et au regard des informations communiquées par bpost, l'IBPT fait les constats suivants⁷¹ :

[CONFIDENTIEL]

Il résulte des constats énumérés ci-avant, que la proposition tarifaire de bpost pour l'année 2017 ne permettrait pas de rencontrer l'obligation d'orientation sur les coûts prévue à l'article 144ter, §1, 2° de la loi du 21 mars 1991. En effet, les coûts moyens estimés pour 2017, en ce compris un taux de rendement raisonnable, sont inférieurs aux revenus moyens estimés pour la même année, et ce pour l'ensemble des groupes de produits. Avec une marge excédant les [CONFIDENTIEL]⁷² sur l'ensemble du panier des petits utilisateurs, l'IBPT ne saurait considérer que les tarifs proposés par bpost pour l'année 2017 sont globalement orientés sur les coûts.

En annexe 3 au projet de décision figure un tableau « Calcul des marges réalisées par groupe de produits pour les années 2015 à 2017 », qui montre l'évolution des marges réalisées au cours des trois années suivies (2017 en tenant compte de l'augmentation de tarif sollicitée), par groupe de produit et pour le « total panier petit utilisateur » (dernière ligne du tableau). On y voit une évolution à la baisse de ces marges.⁷³

123.

Dans ses premières observations après réception du projet de décision, bpost a tout de suite critiqué l'adoption par l'IBPT d'un nouveau paradigme consistant à limiter de manière fixe sa marge, créant un second plafond à côté du « *price cap* », de surcroît ladite marge étant calculée comme la rémunération du coût du capital (méthode « WACC »):

⁷¹ Le détail du calcul et des résultats est repris à l'annexe 3.

⁷² Le chiffre est indiqué à la page 14 de la décision.

⁷³ Cfr les chiffres confidentiel figurant à la dernière ligne pour ces trois années dans le tableau.

« Bpost a bénéficié depuis la libéralisation totale du secteur postal belge en 2011, d'un cadre réglementaire stable, équilibré et prévisible, ce qui a contribué au succès de l'introduction en bourse en 2013 de la société. L'intervention réglementaire actuellement proposée par l'IBPT met en danger ce cadre réglementaire. IBPT touche de manière illégale et disproportionnée à l'autonomie du fournisseur du service universel en ce qui concerne la fixation des prix. Cette intervention sera dommageable à l'ensemble du secteur postal, y compris les consommateurs et la concurrents. L'absence de consultation et d'analyse coûts-bénéfices a pour conséquence que l'IBPT ne tient pas non plus compte de l'impact négatif du nouveau paradigme réglementaire étroit qui est proposé.⁷⁴

Elle invoquait la violation du principe de sécurité juridique, faisant valoir que la décision projetée opérerait *« un changement brusque et imprévisible de politique qui porte atteinte à la stabilité réglementaire et à la prévisibilité »*.⁷⁵

124.

Dans son second projet de décision, l'IBPT a, dans une certaine mesure, tenu compte des observations de bpost, puisqu'il a quelque peu adapté la méthodologie proposée, en maintenant le principe selon lequel l'orientation sur les coûts crée un second plafond, équivalent aux coûts augmentés d'une marge raisonnable, mais en calculant ladite marge par rapport aux ventes (« return on sales » ou « RoS ») et non plus par rapport à la rémunération du coût du capital.

L'IBPT y énonce que « Pour ce qui concerne le bénéfice raisonnable, celui-ci est fixé à maximum 15 % de return on sales (ROS) »⁷⁶.

⁷⁴ Traduit par la cour depuis le texte original en néerlandais: "Sinds de volledige liberalisering van de Belgische postsector in 2011 geniet bpost van een stabiel, evenwichtig en voorspelbaar regelgevend kader, wat heeft bijgedragen tot de succesvolle beursgang van het bedrijf in 2013. Met de thans voorgestelde regelgevende interventie zet het BIPT dit regelgevend kader op de helling. Het BIPT grijpt op onwettige en onevenredige wijze in in de autonomie van de aanbieder van de universele dienst inzake de prijsstelling. Dit ingrijpen zal uiteindelijk schadelijk zijn voor de gehele postale sector, inclusief de consumenten en de concurrenten. De afwezigheid van degelijke consultatie en kosten-batenanalyse heeft tot gevolg dat het BIPT zich ook geen rekenschap geeft van de negatieve impact van het nieuwe strakke regelgevende paradigma dat wordt voorgesteld."

⁷⁵ Cfr les mêmes observations, point 20 de l' "executive summary" (traduit du néerlandais "(...) een **bruske en onvoorzienbare** beleidswijziging die afbreuk doet aan de regelgevende stabiliteit en voorspelbaarheid" (mise en évidence dans le texte).

⁷⁶ § 117 du second projet de décision. Ce passage se retrouve au § 137 de la Décision.

L'IBPT motive longuement sa position, en répondant notamment aux arguments développés dans les observations de bpost.

Par rapport à la critique de bpost liée au changement de position et au caractère imprévisible de la nouvelle interprétation de la règle, l'IBPT indique⁷⁷ :

« Tant les décisions et prises de position antérieures de l'IBPT en matière tarifaire que l'interprétation du principe d'orientation sur les coûts par les autorités belges et européennes citées ci-dessus ont permis à bpost d'anticiper raisonnablement une analyse approfondie par l'IBPT de la conformité des tarifs de bpost au principe d'orientation sur les coûts, en ce compris l'interdiction de tarifs excessifs.

Comme l'a rappelé l'IBPT dans ses lettres à bpost du 7 novembre 2016 et du 7 décembre 2016, l'IBPT émettait déjà quelques réserves quant à l'orientation sur les coûts des tarifs des produits appartenant au panier des petits utilisateurs dans ses décisions de 2013, 2014 et 2015 relatives respectivement aux pricings 2014, 2015 et 2016.

Ainsi, à la page 13 de la décision du 8 octobre 2014, il était notamment précisé que « À première vue, l'orientation sur les coûts de certains produits pose question. [...] Sur base de l'information disponible et étant donné le court laps de temps à sa disposition, l'IBPT n'a pu effectuer qu'une vérification sommaire du principe d'orientation sur les coûts. Par conséquent, les conclusions tirées de cette analyse pourront éventuellement être révisées dans le cas où une analyse approfondie du principe d'orientation sur les coûts devait être menée. »

On retrouve une réserve similaire aux pages 13 et 14 de la décision du 21 septembre 2015.

Enfin, le contrôle de l'orientation sur les coûts des produits appartenant au service universel postal fait l'objet d'une fiche dans le plan opérationnel 2016, plan dont un projet a été soumis à une consultation préalable du secteur et qui est disponible sur le site internet de l'IBPT depuis le 30 décembre 2015. Dans cette fiche, l'IBPT annonce clairement son intention d' « effectuer une analyse plus poussée de l'orientation sur les coûts de tous les services faisant partie de la prestation du service universel » et ce

⁷⁷ §§ 123 à 129 du second projet de décision. Ces passages se retrouvent aux §§ 143 à 149 de la Décision.

notamment afin de «garantir que les intérêts des utilisateurs de ces produits font partie de la stratégie de fixation des prix de bpost ».

Le projet de décision transmis à bpost en date du 7 octobre 2016 est donc en cohérence avec le plan opérationnel 2016 et les réserves émises par l'IBPT depuis septembre 2014 dans ses décisions pricing. Les documents auxquels il est fait référence étant disponibles publiquement, bpost pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce que le projet de décision concernant la proposition tarifaire pour l'année 2017 soit complété par une analyse approfondie de l'orientation sur les coûts ».

Enfin, même si la méthodologie appliquée par l'IBPT pour vérifier la conformité des tarifs de bpost au principe d'orientation sur les coûts a évolué pour tenir compte des observations de bpost, l'application de la méthodologie révisée à la proposition d'augmentation tarifaire de bpost pour 2017 ne permet pas de modifier la conclusion de l'IBPT, selon laquelle la proposition tarifaire de bpost pour 2017 n'est pas conforme au principe d'orientation sur les coûts. Cette adaptation de la méthodologie n'est dès lors pas à l'origine d'un manque de prévisibilité réglementaire qui serait imputable à l'IBPT. »

125.

Il résulte de l'examen des décisions de l'IBPT par rapport aux augmentations tarifaires des années antérieures que celui-ci n'avait pas adopté une ligne de conduite fixe quant à la hauteur de la marge au-delà de laquelle il estimait un tarif non conforme au principe d'orientation sur les coûts.

Par conséquent, bpost ne peut invoquer en sa faveur une ligne de conduite fixe qui aurait créé des attentes légitimes dans son chef, et dont l'Institut se serait éloigné dans la Décision critiquée.

Il en résulte que le grief fondé sur un manquement au principe de sécurité juridique et de confiance légitime n'est pas fondé.

Examen du sixième moyen : défaut de motivation matérielle (erreur manifeste d'appréciation) et/ou formelle

1°- Position des parties

- *Position de bpost*

126.

Bpost considère que, la Décision contestée étant toute entière fondée sur la prémisse erronée, et en tout cas non démontrée, que bpost est en mesure de se comporter indépendamment de ses clients et de ses concurrents et que ses tarifs ne sont soumis à aucune pression concurrentielle, elle ne repose pas sur des motifs de fait exacts et de nature à justifier la décision, de sorte que celle-ci est viciée par un défaut de motivation matérielle (première branche du moyen) ; à tout le moins, la motivation formelle de la décision est inadéquate et lacunaire en ce que l'IBPT déduit directement de l'existence de parts de marché ou de marges prétendument élevées que bpost n'est soumise à aucune pression concurrentielle et est en mesure d'appliquer, voire applique effectivement, des prix « excessifs », alors que le simple fait qu'une entreprise a des parts de marché ou des marges élevées ne démontre en soi pas que cette entreprise abuse, ou est susceptible d'abuser, de sa position de marché (deuxième branche du moyen).

127.

Bpost considère, dans la première branche du moyen, que la motivation de la Décision repose sur une appréciation manifestement erronée des faits, selon laquelle bpost serait non seulement en mesure d'appliquer des prix « excessifs » (c.-à-d. significativement au-dessus d'un niveau concurrentiel), mais que les tarifs de bpost pour les services appartenant au panier des petits utilisateurs sont effectivement « excessifs ». Elle vise un défaut de motivation matérielle.

128.

L'IBPT déduit à tort des parts de marché prétendument élevés de bpost que celle-ci disposerait d'une position dominante, c.-à-d. dans une position lui permettant de se comporter indépendamment de ses clients et concurrents :

- En ce qui concerne les lettres, les tarifs de bpost sont disciplinés par la pression concurrentielle « latérale » émanant de la substitution avec les autres moyens de communication, en particulier les moyens de communication électroniques (« *e-substitution* »). Cette substitution est avérée et est la cause de la diminution graduelle et irréversible des volumes. Le déclin des volumes en raison de la substitution avec d'autres moyens de communication impose un « plafond naturel » aux tarifs et aux augmentations tarifaires : en effet, une augmentation trop forte des tarifs risque d'accélérer encore la diminution des volumes et ne serait donc pas

rentable. En outre, il ne faut pas négliger la pression concurrentielle exercée par TBC-Post, qui se laisse déjà ressentir par exemple pour les lettres recommandées ou le courrier des communes. Le fait que bpost n'a dans le passé pas utilisé toute la marge tarifaire disponible sous le « price cap », prouve d'ailleurs aussi que les tarifs sont soumis à d'autres contraintes de prix. bpost n'est donc pas en mesure d'augmenter ses prix au-dessus d'un niveau concurrentiel (et encore moins de les y maintenir durablement) ;

- Le segment des colis est concurrentiel. Dans la Décision elle-même, l'IBPT concède que le segment des colis subit « *une pression concurrentielle plus importante* » que l'activité de courrier, sans expliquer pourquoi les colis sont néanmoins traités de la même manière. Bpost est d'ailleurs un acteur relativement petit dans le secteur des envois express et colis ;

L'IBPT exagère en outre fortement les barrières à l'entrée des marchés. Ainsi, en ce qui concerne les prétendues barrières légales, l'IBPT sait parfaitement que les obligations opérationnelles de licence, comme les obligations relatives à la couverture territoriale ou la fréquence passage, restent lettre morte en pratique et seront abolies prochainement par la nouvelle loi postale. L'IBPT sort par ailleurs de son rôle lorsqu'il critique les dispositions légales visant à créer un « *level social playing field* » et à éviter le « *dumping* » social dans le secteur postal. En ce qui concerne d'autre part les prétendues barrières à l'entrée économiques, plusieurs études économiques ainsi que l'expérience dans d'autres États membres démontrent que notamment les économies d'échelle ne constituent pas un obstacle significatif à l'entrée et l'expansion sur les marchés postaux, dans la mesure où les opérateurs alternatifs, qui ne supportent pas le fardeau des obligations du service universel, ont beaucoup plus de flexibilité que le PSU pour cibler les groupes de clients, les zones géographiques et les produits les plus attractifs. Il est d'ailleurs assez paradoxal que l'IBPT invoque l'existence de barrières à l'entrée prétendument élevées pour justifier une décision qui créera une nouvelle barrière à l'entrée (voir le développement du quatrième moyen).

Quoi qu'il en soit, même des parts de marché élevées et des barrières à l'entrée significatives, à les supposer établies, ne constituent que des indices de l'existence d'une position dominante, mais pas en soi la preuve de celle-ci. Ces indices ne sont pas nécessairement déterminants, notamment en présence d'autres facteurs disciplinant le comportement de l'entreprise concernée, comme en l'occurrence. Que ce soit dans le segment des lettres ou dans celui des colis, les tarifs de bpost sont bien soumis à de fortes pressions concurrentielles et bpost n'a donc pas la capacité de se comporter indépendamment de ses concurrents et de ses clients, voire d'appliquer des tarifs

« excessifs » (c'est-à-dire des prix qui se situent de manière « significative et persistante » au-dessus du niveau concurrentiel).

129.

Deuxièmement, quand bien même bpost aurait la *capacité* d'appliquer des prix « excessifs » (*quod non*), l'IBPT ne fournit pas la preuve de ce que les tarifs de bpost soient effectivement « excessifs » dans une interprétation raisonnable de ce terme.

130.

Troisièmement, l'IBPT ne prend pas en compte le fait que la rentabilité actuelle de bpost n'est pas attribuable à des prix excessifs ou des augmentations de prix exagérées, mais essentiellement à ses efforts pour améliorer son efficacité. Bpost est parmi les opérateurs postaux les plus efficaces de l'Europe. Le fait que ses augmentations de prix sont toujours restés bien en deçà du maximum autorisé par le « price cap », prouve en outre que bpost a partagé une partie de ces gains d'efficacité avec ses clients. Etant donné que le niveau de prix de bpost se trouve en 20^e position dans le classement des États membres de l'Union européenne (donc sur 28), la marge bénéficiaire ne s'explique pas par des prix exorbitants, comme le suggère l'IBPT, mais bien par une efficacité supérieure qui résulte des investissements consentis par bpost ces dernières années afin de s'armer contre le double défi de la libéralisation du secteur postal et de la substitution croissante avec les autres moyens de communication (notamment électroniques). Ces investissements ont conduit à une automatisation accrue des processus et une augmentation substantielle des lettres traitées par travailleur

L'IBPT considère qu'un prix est « excessif » dès lors que la marge excède 15 % RoS, et ce, sur la base d'une comparaison avec les marges d'un échantillon d'autres opérateurs postaux européens. Ce critère, pour lequel (à la connaissance de bpost) il n'y a pas de précédents, est tout à fait arbitraire.

131.

La Décision est dès lors basée sur une appréciation manifestement incorrecte des faits. Bpost n'est manifestement pas en mesure de fixer ses prix indépendamment de ses concurrents et de ses utilisateurs, et quand bien même elle en serait capable, ses prix ne sont manifestement pas « excessifs » dans une interprétation raisonnable du terme.

L'IBPT considère qu'il ne doit pas justifier son intervention dans la politique tarifaire de bpost en identifiant une défaillance du marché : quand bien même les tarifs de bpost seraient « concurrentiels, voire même très bas », l'IBPT pourrait encore intervenir pour

imposer des tarifs encore plus bas sur la base de sa propre interprétation de la notion d'orientation sur les coûts. Ceci confirme en fait la thèse développée par bpost au présent moyen, à savoir que l'intervention de l'IBPT n'est justifiée par aucun problème réel. Ce n'est pas parce que la loi de 1991 ne précise pas ce qu'il faut entendre par un tarif orienté sur les coûts que l'IBPT, lorsqu'il applique cette notion aux tarifs de bpost, n'est pas tenu de donner des raisons pour son intervention.

L'IBPT ne tient pas compte du fait que c'est justement parce que la loi n'est pas claire sur ce point que l'IBPT a un devoir de motivation accru. Ainsi, si la loi avait explicitement stipulé qu'un tarif n'est pas orienté sur les coûts dès lors que la marge dépasse un plafond de 15 % de rendement sur les ventes, l'IBPT aurait effectivement pu avancer qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause ce choix du législateur et qu'il n'avait pas à justifier davantage son refus d'approuver des tarifs avec des marges dépassant ce plafond. Cependant, dès lors que c'est l'IBPT lui-même qui a interprété le principe de l'orientation sur les coûts de cette manière, sans y être contraint par le législateur, il appartient dans ces circonstances à l'IBPT de justifier son intervention. Hormis le cas d'une compétence liée, admettre que le régulateur puisse intervenir sans avoir à justifier son intervention, non seulement en termes de légalité mais aussi d'opportunité et de proportionnalité, ouvrirait la voie à des interventions régulatrices totalement arbitraires.

132.

Bpost invoque dans la seconde branche du moyen un défaut de motivation formelle.

La motivation de la Décision contestée est lacunaire et, partant, inadéquate à au moins deux égards :

- d'abord, l'IBPT déduit des parts de marché prétendument élevés de bpost et de la prétendue existence de barrières élevées à l'entrée sur le marché que bpost est en mesure d'appliquer des prix « excessifs » (c'est-à-dire des tarifs se situant durablement au-dessus du niveau concurrentiel). Or, ceci ne découle pas de cela. L'IBPT ignore à tort la contrainte concurrentielle de la baisse constante des volumes et le fait que le « *benchmarking* » avec les tarifs dans les autres États membres repris dans la Décision elle-même démontre que les prix ne sont pas excessifs. En outre, l'IBPT ignore le fait que les tarifs de base de bpost sont valables pour des envois jusqu'à 50g alors que la tranche de poids inférieure dans la plupart des pays du « *benchmark* » est plus limitée (en règle générale à seulement 20g) ;
- En outre, l'IBPT déduit à tort des marges prétendument élevées de bpost que les tarifs sont excessifs. Ici encore, il y a une lacune dans le raisonnement, car l'IBPT ne

prend pas en considération la possibilité que la rentabilité de bpost puisse également s'expliquer, non pas par des prix excessifs ou des augmentations de prix exagérées, mais par les efforts soutenus de bpost pour améliorer l'efficacité de ses opérations, comme les chiffres de différence de productivité le démontrent.

La motivation de la Décision n'est donc pas adéquate, dans la mesure où elle repose sur des déductions, sinon erronées, en tout cas lacunaires, et omet de prendre en considération des éléments de fait essentiels. À tout le moins, l'IBPT aurait dû expliquer dans la Décision pourquoi la pression concurrentielle émanant des autres médias de communications et le haut degré d'efficacité de bpost ne sont pas susceptibles de modifier sa conclusion que bpost applique, ou est en mesure d'appliquer, des tarifs « excessifs ».

133.

Enfin, bpost invite la cour, si elle devait conclure que la Décision est effectivement viciée par un défaut de motivation (matérielle et/ou formelle) et qu'il y a donc lieu d'annuler la décision sur cette base, à néanmoins aussi examiner les autres moyens d'annulation dans un souci d'économie procédurale. En effet, en cas d'annulation de la décision pour défaut de motivation, l'IBPT peut en principe adopter une nouvelle décision qui est en substance identique à la première décision, en en complétant la motivation. Dans ce cas, bpost serait contrainte d'introduire un nouveau recours contre cette décision de réfection pour faire valoir ses autres moyens, ce qui serait inefficace et surchargerait inutilement le rôle de la cour.

- *Position de l'IBPT*

134.

L'IBPT soutient qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut lui être reprochée en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre de l'orientation sur les coûts (8^{ème} moyen de l'IBPT).

135.

Aucune disposition de la directive ou de la loi de 1991 ne subordonne la mise en œuvre de l'orientation sur les coûts à la démonstration préalable d'une pratique ou d'un risque de prix excessifs sur le service universel. Le législateur n'a prévu aucune condition ni exception à l'application de cette obligation de sorte que l'orientation sur les coûts doit être respectée en toutes circonstances, même en présence de prix abordables, concurrentiels, voire même

très bas. Il s'agit d'une compétence liée : le constat requiert l'interdiction⁷⁸. Il s'ensuit que l'IBPT n'avait pas à démontrer l'existence de prix excessifs ou d'un risque d'une telle pratique en ce qui concerne le panier des petits utilisateurs aux fins de l'application du principe d'orientation sur les coûts. Ce que l'IBPT a par contre démontré, c'est que la marge dépassait un niveau raisonnable, ce qui est différent – et ne se confond pas avec – des prix excessifs.

L'imposition de l'obligation d'orientation sur les coûts à bpost ne dépend pas non plus du positionnement exact du prix du timbre en Belgique comparativement à celui en vigueur dans les autres Etats membres. Cette obligation s'impose d'office au prestataire du service universel, même là où les prix sont les plus bas. Des prix bas n'empêchent pas, en soi, le prélèvement d'une marge déraisonnable, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice.

Si, certes, l'IBPT aborde la problématique d'un risque de prix excessifs dans la Décision contestée, il le fait à titre d'illustration introductive⁷⁹.

L'IBPT n'avait pas non plus à justifier son intervention au regard des conséquences de celle-ci sur la situation de bpost. Comme exposé, le législateur lui impose de refuser la hausse sollicitée si celle-ci résulte en un prix non orienté sur les coûts (compétence liée). Les développements que l'IBPT consacre à ce sujet le sont à titre subsidiaire en réponse aux arguments avancés par bpost dans ses observations sur le projet de décision⁸⁰.

L'IBPT ne perçoit dès lors pas comment une éventuelle erreur manifeste d'appréciation en lien avec un argumentaire qui ne conditionne pas l'application du principe d'orientation sur les coûts selon la directive et la loi pourrait conduire à l'annulation de la Décision contestée, quelle que soit l'importance que l'IBPT aurait, selon bpost, accordée à cette question. Cela suffit déjà pour écarter le moyen de bpost.

136.

L'IBPT formule néanmoins, à titre complémentaire, les observations suivantes.

Sur la position de bpost, il ne peut pas être contesté que celle-ci dispose d'une position incontournable. Ses parts de marché sont de l'ordre de 99% sur le segment des envois de correspondance. Ce segment est en outre toujours caractérisé par des barrières légales élevées à l'entrée qu'impose l'article 148sexies de la loi de 1991. Le caractère injustifié des

⁷⁸ Décision, §§ 106 et suivants.

⁷⁹ Décision, §§ 61-64.

⁸⁰ Décision, §§ 116-123.

conditions imposées par cette disposition a fait l'objet d'un avis motivé de la Commission européenne, sur la base de laquelle une procédure d'infraction a été initiée à l'égard de la Belgique⁸¹. Au jour du dépôt des présentes conclusions, l'article 148sexies de la loi de 1991 est toujours en vigueur. La circonstance que ces barrières devraient être abolies prochainement n'est pas pertinente dans le cadre du contrôle annuel visé par la Décision contestée.

Sur le niveau des prix, l'allégation de bpost selon laquelle elle « *n'est pas en mesure d'augmenter ses prix au-dessus d'un niveau concurrentiel (et encore moins de les y maintenir durablement)* » n'apparaît pas très sérieuse au regard des faits : demande d'augmentation de [REDACTED] % du prix du timbre et prélèvement d'une marge d'exploitation d'au moins [CONFIDENTIEL]⁸² en 2017 (alors que l'inflation est limitée à 2,53%) et plus globalement application d'une augmentation du prix du timbre [REDACTED] fois plus élevée à l'inflation au cours des cinq dernières années⁸³.

Sur les coûts de distribution, comme l'indique bpost elle-même, le coût unitaire dépend des volumes distribués et, en l'occurrence, de la contraction de ceux-ci. Il est à noter que le degré d'efficacité dont bpost se prévaut s'explique, en partie, par des considérations exogènes.

Sur le niveau de rentabilité, l'IBPT n'aperçoit pas comment bpost pourrait considérer comme raisonnable une marge d'exploitation d'au moins [CONFIDENTIEL]⁸⁴ en moyenne sur le panier des petits utilisateurs, alors que la marge d'un échantillon de prestataires étrangers s'élève à 14,11% (3^e quartile) et que la Commission européenne a considéré en 2012 comme raisonnable une marge d'exploitation de 7,4% pour la distribution du courrier par bpost.⁸⁵

⁸¹ Décision de la Commission européenne du 25 novembre 2014, infraction n° 2014/2.254, C(2014) 8669.

⁸² Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-30%. La donnée confidentielle figure au § 127, p. 44 des conclusions de l'IBPT.

⁸³ Pièce 13 du dossier judiciaire, p. 17.

⁸⁴ Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-30%. La donnée confidentielle figure au § 129, p. 45 des conclusions de l'IBPT.

⁸⁵ Décision de la Commission européenne du 25 janvier 2012 concernant la mesure SA.14588 (C 20/09) mise à exécution par la Belgique en faveur de De Post – La Poste (à présent « bpost »), §§ 309 et 320.

Il n'apparaît dès lors pas manifestement erroné de considérer qu'une marge de [CONFIDENTIEL]⁸⁶ dépasse les limites du raisonnable pour ce qui concerne l'année 2017. L'IBPT n'a pas pour autant imposé un seuil de 15%, ni pour l'année 2017, ni pour les années à venir. Il est d'ailleurs intéressant de constater que le maintien en 2017 des prix applicables en 2016 devrait permettre à bpost de dégager du panier des petits utilisateurs une marge supérieure à 15% et ce, nonobstant, la contraction de volumes projetée par bpost pour cette année. Cette argumentation repose sur une analyse sérieuse, suffisamment étayée et susceptible d'être comprise et contredite par le juge.

137.

L'IBPT soutient enfin dans son 9^{ème} moyen qu'aucun défaut de motivation formelle ne peut lui être reproché en l'espèce.

2°- Décision

138.

Dans la Décision l'IBPT refuse l'augmentation tarifaire sollicitée au motif que celle-ci aboutit à des tarifs jugés non conformes au principe d'orientation sur les coûts applicable aux services du service universel, en sa dimension haute, en raison de marges supérieures à une certaine marge raisonnable.

La Décision n'est pas fondée sur des motifs liés à une appréciation de la position dominante de bpost, aux pressions concurrentielles exercées sur ses prix ou à des prix « excessifs » au sens où on l'entend en droit de la concurrence. Le contrôle préalable de l'IBPT est justifié légalement s'agissant d'une proposition de hausse tarifaire des services faisant partie du service universel, offerts par le prestataire du service universel, sans que l'IBPT ne doive porter des appréciations sur ces questions. Partant, les développements de bpost qui y sont relatifs ne sont pas pertinents.

En tout état de cause, bpost n'établit aucune erreur manifeste d'appréciation portant sur les faits examinés dans la Décision, qu'ils constituent ou non les motifs de celle-ci.

Aucun défaut de motivation formelle n'est non plus établi.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

⁸⁶ Donnée confidentielle ; fourchette non confidentielle de 15-30%. La donnée confidentielle figure au § 129, p. 45 des conclusions de l'IBPT.

Examen du septième moyen violation du principe de proportionnalité et du raisonnable

1°- Position des parties

- *Position de bpost*

139.

Bpost considère qu'en ce que la Décision n'apporte qu'un avantage négligeable aux consommateurs à court terme, mais aura un impact très négatif non seulement sur bpost, mais aussi sur ses actionnaires, son personnel, ses concurrents et, finalement, les utilisateurs du service universel, la Décision est non seulement sans rapport raisonnable avec ses objectifs allégués, mais ne respecte pas non plus un juste équilibre entre ces objectifs et les autres intérêts en cause, de sorte qu'elle viole manifestement le principe de proportionnalité et du raisonnable.

Même à considérer que l'IBPT aurait correctement qualifié et apprécié les faits et que les tarifs de bpost seraient donc problématiques (*quod non*), la mesure est hors de toute proportion raisonnable avec le problème allégué. Il convient dès lors de constater que la décision contestée n'est pas en proportion raisonnable avec son objet.

- *Position de l'IBPT*

140.

L'IBPT conclut au non-fondement du moyen.

Bpost part d'une prémisse erronée, en soutenant que l'action de l'IBPT en l'espèce serait justifiée par des tarifs « *problématiques* ». Comme exposé précédemment, ni la directive ni la loi de 1991 ne conditionne l'application de l'obligation d'orientation sur les coûts au constat préalable d'un problème quant au niveau des prix pratiqués par le prestataire du service universel. L'orientation sur les coûts doit être respectée **en toutes circonstances**. Par contre, cette obligation répond à un objectif clairement exprimé par le législateur, celui d'assurer une saine gestion du service universel et limiter les distorsions de concurrence et ce dans l'intérêt des utilisateurs finals. La motivation de la Décision contestée et les développements en réponse aux précédents moyens par l'IBPT démontrent à suffisance que la non-approbation de la hausse sollicitée par bpost pour l'année 2017 s'inscrit parfaitement dans la poursuite de cet objectif. En outre, dès le constat de prix non orientés sur les coûts

établi, l'IBPT n'avait pas la possibilité de s'abstenir. Le législateur lui impose, en effet, de refuser la hausse sollicitée si celle-ci résulte en un prix non orienté sur les coûts, et ce quelles que soient les conséquences d'un tel refus sur la situation de bpost.

Pour le reste, aucune des affirmations de bpost n'est étayée.

Enfin, en tout état de cause, l'impact que bpost dit subir doit être mis en balance par l'intérêt qu'en tirent les consommateurs. La circonstance que la hausse est considérée comme abordable ne signifie pas que l'impact serait nul pour les consommateurs. Cet impact est d'autant moins nul en l'espèce que les hausses pratiquées par bpost au cours des dernières années dépassent de très loin l'évolution de l'inflation. L'IBPT n'aperçoit pas, et bpost n'explique pas, pourquoi un même montant serait négligeable quand il s'agit du pouvoir d'achat des consommateurs pris globalement et insupportable quand il s'agit de bpost ou de ses actionnaires.

2°- Décision

141.

En vertu de l'article 144ter, § 2, de la loi du 21 mars 1991, l'IBPT doit refuser une augmentation tarifaire si le principe d'orientation sur les coûts n'est pas respecté. Il ne doit pas, ce faisant, tenir compte d'un rapport de proportionnalité entre ce refus et l'impact négatif de cette décision pour bpost et/ou d'autres intervenants. En tout état de cause, bpost n'établit pas la violation du principe de proportionnalité qu'elle invoque.

Le moyen n'est pas fondé.

V. LES DÉPENS

142.

Conformément à l'article 1017, al. 1 du Code judiciaire, bpost, qui succombe dans son recours face à l'IBPT, est condamnée aux dépens, liquidés par l'IBPT à 1.440 €.

PAR CES MOTIFS,

Section Cour des marchés

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement,

Dit le recours recevable mais non fondé et en déboute bpost,

Condamne bpost aux dépens, liquidés par l'IBPT à 1.440 €.

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 11 octobre 2017 par

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
K. PITEUS	Conseiller
C. VERBRUGGEN	Conseiller
B. HEYMANS	Greffier



B. HEYMANS



C. VERBRUGGEN



K. PITEUS



M. BOSMANS