

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2004/AR/3048

R. n° : 2007/ 3762

N° : 1125

Arrêt interlocutoire
Renvoi au rôle

Télécom

EN CAUSE DE :

BELGACOM, société anonyme de droit public dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951,

Requérante,

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

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,

Partie adverse,

Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 240.

I.- ANTECEDENTS ET PROCEDURE DEVANT LA COUR

1. La cour se réfère à son exposé contenu dans son arrêt interlocutoire du 14 décembre 2006.

Pour rappel, le recours est dirigé contre une décision de l'IBPT du 12 novembre 2004 enjoignant à Belgacom de modifier son offre de

11 -05- 2007

référence BROBA 2005, relative à l'accès à un débit binaire.

II.- DISCUSSION

2. Il résulte du courrier commun que les conseils des parties ont adressé à la cour le 15 novembre 2006 que sous réserve des points à propos desquels les parties ont demandé à la cour de surseoir à statuer, le litige ne porte plus que sur les points suivants :

- illégalité de la décision à défaut de base légale ;
- violation de la règle *audi alteram partem* et de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 ;
- violation des principes de bonne administration ;
- lignes louées Backhaul ;
- coûts IT ;
- accord sur le niveau de qualité amélioré (ISLA) ;
- illégalité de la décision en ce qu'elle impose à Belgacom de soumettre à l'approbation de l'IBPT une offre modifiée conformément à la décision attaquée ;
- « version 5 » ou Release 5 ;
- BROBA 1 ;
- Line Rental ou location de lignes avec débit binaire ;
- tarifs relatifs à l'ATM ou coût de transport de capacité.

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

11 -05- 2007

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

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

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

En droit interne, l'accès spécial fait l'objet de l'article 109ter, § 3, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, en vertu duquel l'organisme puissant sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes est tenu de répondre de manière non discriminatoire à toute demande raisonnable de " connexion, notamment l'accès à des points autres que les points de raccordement offerts à la majorité des utilisateurs finals ". D'autre part, l'article 106, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la même loi prévoit que les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne l'accès spécial. Enfin, l'article 92bis, § 1er, alinéa 2, n) habilite le Roi à fixer, parmi les conditions d'autorisation d'exploitation de réseaux publics de télécommunication, "les conditions visant à prévenir un comportement anticoncurrentiel, et notamment les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence". Il résulte des considérations qui précèdent que le Roi est habilité à prévoir, conformément à l'article 16, paragraphe 4, de la Directive 98/10/CE précitée, à l'article 1er, paragraphe 4, du Règlement en projet et à l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991, des obligations particulières pour les organismes puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes, en matière d' « accès à un débit binaire ».

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

Parmi ces conditions peuvent figurer celles visant à prévenir un comportement anti-concurrentiel et, notamment, les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence (cf. article 92, §1, aliéna 2, n).

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

11 -05- 2007

La circonstance que cette directive a été abrogée par la directive 2002/21/CE avec effet au 25 juillet 2003, soit à une date antérieure à la décision attaquée, n'a aucune incidence sur la solution à adopter. En effet, aux termes de l'article 7 de la directive 2002/19/CE (directive accès), les obligations relatives à l'accès qui étaient applicables avant son entrée en vigueur doivent être maintenues jusqu'à ce que les obligations aient été réexaminées et qu'une décision les concernant ait été prise, conformément au paragraphe 3. Il n'y a donc pas lieu de considérer que les dispositions de l'arrêté royal du 22 juin 1998 sont devenues caduques.

2.- Sur le grief de ne pas avoir été entendu au préalable

5. Belgacom expose dans son recours qu'elle a demandé à plusieurs reprises, et spécialement dans sa lettre du 10 novembre 2004 – laquelle n'est pas produite, Belgacom n'ayant pas déposé de dossier – à être entendue par l'IBPT sur des points précis. Elle reproche à l'IBPT d'avoir pris sa décision sans avoir procédé à cette formalité ni pris en considération ses explications.
6. L'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges prescrit au Conseil de l'IBPT d'entendre toute personne directement et personnellement concernée par une décision avant d'adopter la décision.

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

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

11 -05- 2007

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

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

Enfin, Belgacom n'a pas été traitée différemment de tous les autres opérateurs.

De plus, le fait que l'IBPT a rejeté les explications fournies par Belgacom pour justifier son offre de référence ne saurait fonder la constatation d'une violation par l'IBPT de la disposition légale invoquée.

Il n'est donc pas exact de soutenir que Belgacom n'a pu faire valoir son point de vue.

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

3.- Sur le grief d'avoir rejeté une partie de l'offre de référence

8. Belgacom reproche à l'IBPT d'avoir décidé que certaines parties du cadre en vigueur à la date de l'examen de l'offre de référence devaient être incorporées au BROBA 2005, en lieu et place des parties correspondantes de l'offre de référence transmise par Belgacom. L'IBPT a justifié cette décision au motif qu'il y avait lieu de stabiliser les conditions du BROBA et de ne pas remettre en cause continuellement ce qui avait déjà fait l'objet de décisions antérieures, en profitant du réexamen annuel de l'offre de référence.

11 -05- 2007

Belgacom en déduit que l'IBPT admettrait ainsi implicitement ne pas avoir examiné l'offre de référence, telle qu'elle lui a été soumise, et n'a donc pu, légalement, exercer son pouvoir d'appréciation sur cette offre.

Belgacom fait encore grief à l'IBPT d'avoir rejeté des documents contenant des versions anciennes qui ont été supprimées par l'utilisation de la fonction informatique « Suivi des modifications » contenue dans le programme *Word pour Windows*, au motif qu'il ne s'agissait pas de documents approuvés par lui. Belgacom en déduit que l'IBPT n'a pas examiné les passages qui avaient été supprimés et qu'il s'est contenté de reproduire purement et simplement ses décisions antérieures.

9. Belgacom a la charge de la preuve à cet égard, et rien ne permet d'affirmer que l'IBPT n'aurait pas examiné l'offre de référence de Belgacom dans la forme dans laquelle elle lui a été transmise. Les déductions auxquelles Belgacom aboutit suite à la confusion qui semble avoir régné par le dépôt de deux versions de l'offre de référence, l'une contenant l'impression des modifications et l'autre pas, ne sont que des supputations.

Belgacom reste très imprécise dans son argumentation et n'indique pas quels sont les passages de son offre que l'IBPT n'aurait pas examinés, rendant ainsi impossible tout contrôle a posteriori par la cour.

Enfin, il n'est pas critiquable, en soi, dans le chef de l'IBPT, de considérer que les décisions qu'il a déjà prises pour les années antérieures doivent être maintenues pour l'année suivante et ce pour assurer une stabilisation de l'offre de référence. Pour satisfaire à ses obligations de transparence et de non-discrimination, il appartenait à Belgacom d'expliquer pourquoi elle n'entendait plus se conformer aux décisions antérieures de l'IBPT, ce qu'elle ne fait pas. En tout état de cause, Belgacom n'indique pas non plus dans son moyen quels sont les passages des décisions antérieures de l'IBPT qu'elle entend critiquer.

Le moyen est rejeté.

4.- Sur la justification légale des obligations imposées à Belgacom

10. Belgacom soutient que l'IBPT n'a pas procédé à un examen in concreto et documenté des différentes situations qu'il entendait régir et à propos desquelles il voulait modifier les conditions de l'offre.

11 -05- 2007

Pour Belgacom, une simple consultation du marché ne constitue pas une justification valable. Belgacom estime que chaque modification imposée par l'IBPT aurait dû faire l'objet d'une motivation adéquate, précisant en quoi elle était nécessaire pour rencontrer les objectifs fixés par la réglementation européenne. Belgacom en déduit que la décision est illégale et qu'il est inutile pour la cour d'examiner les justifications données a posteriori par l'IBPT.

Dès lors que Belgacom avait l'obligation, dans l'ancien cadre régulateur, de soumettre chaque année une offre de référence pour le même accès dégroupé à la boucle locale, il n'est pas critiquable, en soi, pour l'IBPT de s'appuyer - après examen - sur une décision antérieure et d'imposer à nouveau ces mêmes modifications, à la condition, bien entendu, qu'aucune modification ne soit intervenue dans l'intervalle, ce qui n'est pas allégué. L'IBPT précise en outre avoir procédé à l'examen des documents de Belgacom.

Le fait que les modifications imposées par l'IBPT, dans le passé, aient fait l'objet d'un recours systématique de Belgacom n'implique pas qu'elles n'étaient pas justifiées ou que l'IBPT était tenu de reproduire formellement, dans le corps de sa décision, l'argumentation qu'elle a développée devant la cour à l'occasion de ces recours. En outre, Belgacom n'a pas fourni d'explications sur les raisons pour lesquelles elle n'entendait pas reprendre dans son offre 2005 les modifications qui lui avaient été imposées dans le passé et dont elle connaissait les raisons.

La critique de Belgacom est générale et elle n'indique pas, avec précision, dans ses conclusions, quelles sont les modifications spécifiques qui ne seraient plus justifiées, rendant ainsi impossible pour la cour une appréciation in concreto du moyen.

11 -05- 2007

11. Au demeurant, la cour constate que chaque fois que l'IBPT a décidé d'une modification à apporter à l'offre, autre que celles qui résultent de l'obligation de reprendre les modifications imposées lors de l'examen du BROBA 2004, il a pris le soin de la motiver. Ces motivations sont reprises dans un tableau en regard de la modification, rendant ainsi leur compréhension plus aisée (cf. pages 19 à 22, 33 à 34, 37 à 39, 41 à 42, 103 à 144 de la décision). En revanche, Belgacom n'indique pas en quoi ces motivations seraient inadéquates.

Il est donc inexact de prétendre que l'IBPT n'aurait pas justifié les obligations qu'il a imposées à Belgacom.

Le moyen est rejeté.

5.- Lignes louées Backhaul

12. A l'audience du 15 décembre 2006, les parties ont sollicité la surséance à statuer sur ce point, dans l'attente du prononcé d'un arrêt de la cour appelée à connaître des griefs formulés par Belgacom à l'encontre d'une décision antérieure de l'IBPT traitant du même sujet.

6. Coûts IT

13. Par son arrêt du 12 mai 2006 (R.G. 2004/AR/174) la cour a déjà statué sur ce type de grief dans le cadre de l'examen du BRUO 2004.

Belgacom renouvelle son grief – ce qui est son droit puisque l'arrêt du 12 mai 2006 n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée. Les parties demandent cependant à la cour de surseoir à statuer afin que ce grief puisse être examiné, de manière cohérente, en même temps que le recours qu'elle a introduit contre la décision de l'IBPT relative à la même obligation, imposée cette fois dans le cadre du BROBA 2006.

7.- ISLA ou accord sur le niveau de qualité amélioré

14. A l'audience du 15 décembre 2006, les parties ont sollicité la surséance à statuer sur ce point, dans l'attente du prononcé d'un arrêt de la cour appelée à connaître des griefs formulés par Belgacom à l'encontre de la décision de l'IBPT du 26 octobre 2004, traitant du même sujet.

8. Obligation de soumettre une nouvelle offre conforme

15. La décision attaquée impose à Belgacom de lui soumettre, dans les dix jours ouvrables, un nouveau projet d'offre de référence contenant les adaptations nécessaires pour rencontrer ses observations.

Une telle injonction ne repose sur aucun fondement légal.

11 -05- 2007

L'article 6 septies de l'A.R. du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et de l'exploitation de réseaux publics de télécommunications dispose uniquement que l'IBPT est compétent pour imposer les modifications qu'il juge nécessaires dans l'offre de référence.

En prenant sa décision, l'IBPT épuise sa juridiction. Ensuite, il ne peut que mettre en demeure l'opérateur défaillant et, le cas échéant, lui imposer une amende, mais il n'a pas le pouvoir de lui imposer de lui soumettre une nouvelle fois et avant publication une nouvelle offre de référence.

Le moyen est fondé et il y a lieu d'annuler la décision de l'IBPT sur ce point.

9.- Sur le BROBA I

16. Dans son offre de référence, Belgacom s'est abstenue de faire une proposition tarifaire pour le BROBA I qui constitue une technologie différente. Dans celle-ci, le bénéficiaire de l'offre est contraint de s'occuper lui-même de la configuration et de la gestion des ports du DSLAM.

Belgacom expose que ce marché n'offre plus aucun intérêt potentiel dès lors que les équipements requis deviennent de plus en plus considérables et que les opérateurs ont le choix d'utiliser d'autres offres comme le BROBA II ou le BRUO.

11 -05- 2007

17. L'IBPT reconnaît qu'il n'existe, à l'heure actuelle, pas de demande d'utilisation de l'offre BROBA I qui ressemble à l'offre BRUO.

Il a néanmoins décidé de maintenir l'obligation de publier une offre de référence pour le BROBA I, au motif qu'un opérateur a indiqué, lors de la consultation du marché, qu'il allait peut-être utiliser l'offre BROBA I à l'avenir.

Dès lors que les parties reconnaissent que l'offre BROBA I n'est plus d'actualité, la décision de l'IBPT de la maintenir n'est ni raisonnable ni proportionnée. En outre, elle impose des coûts, inutiles à Belgacom, ne fuisse que pour la rédaction de l'offre elle-même.

Si, d'aventure, un opérateur était intéressé par cette offre, rien n'empêche que Belgacom lui fasse une offre spécifique puisqu'elle est obligée de répondre, sous le contrôle de l'IBPT, aux demandes d'accès au débit binaire dans des conditions transparentes,

équitable et non discriminatoire.

Le recours est donc fondé sur ce point.

10- Sur le Relase 5

18. Belgacom fait grief à la décision attaquée de lui imposer de mettre à la disposition des opérateurs alternatifs la version 5 du DSLAM. Elle soutient que cette version n'est destinée qu'à la télévision digitale, service totalement étranger à l'accès au débit binaire régi par l'offre BROBA.

Elle estime que l'IBPT n'est pas compétent pour prendre pareille mesure qui concerne la radio et la télévision.

19. ~~Dès lors que la décision attaquée ne concerne que les télécommunications, l'IBPT était compétent pour la prendre.~~

20. Les parties sont en désaccord, sur le plan technique, quant aux capacités et fonctionnalités du DSLAM Version 5.

~~Si, comme l'IBPT le soutient, cette version constitue un upgrade de la version 4 et qu'elle permet d'offrir un service Internet à très haut débit (10 à 20 Mbps), il n'existe aucune raison pour priver les opérateurs alternatifs d'avoir accès à ce DSLAM. Belgacom est en effet tenue à une obligation de non-discrimination et ne peut favoriser ses propres clients en leur offrant des services qu'elle refuse à ses concurrents. Le fait qu'elle ne les offrirait pas ou pas encore à ses propres clients est sans pertinence puisque rien n'interdit qu'elle puisse le faire à tout moment, instaurant ainsi une différence non justifiée entre ses propres clients et les clients des opérateurs alternatifs, ce qui est de nature à affecter la concurrence.~~

11 -05- 2007

Si, en revanche, comme le soutient Belgacom, cet équipement ne concerne que la télévision digitale, le débat, en l'état actuel des choses, est sans intérêt puisque aucun opérateur alternatif, voulant offrir un service Internet à haut débit, ne souhaitera conclure un contrat d'accès dont il n'aura aucune utilité.

~~Enfin, à supposer que le DSLAM Version 5 permette à la fois un accès au service Internet et à la télévision digitale, il n'est pas prouvé que le premier serait susceptible d'affecter le second ou, à tout le moins, d'en diminuer les performances, mettant ainsi en péril le service que Belgacom offre à ses propres clients.~~

Le recours sur ce point n'est pas fondé.

11.- Sur le Line Rental

21. Dans le cadre de l'examen de la proposition tarifaire de Belgacom pour la location de lignes avec débit binaire, l'IBPT a réduit les montants proposés par Belgacom, considérant qu'il n'était pas acceptable que les prix soient calculés sur la base d'une moyenne des coûts relatifs aux équipements pris en considération dans leur ensemble, tant les plus anciens que les plus récents. La décision a réduit les pourcentages appliqués aux équipements les plus anciens, au motif qu'ils avaient été en grande partie amortis et qu'ils n'étaient pratiquement pas utilisés par les opérateurs alternatifs, ceux-ci occupant les plus récents. C'est ainsi que pour le *Release 3 première version* (le plus ancien, le plus cher et celui qui pouvait accueillir le moins d'utilisateurs) l'IBPT a réduit le pourcentage d'utilisation de 28,33% à 5%.

Belgacom critique cette décision qu'elle considère comme discriminatoire à son égard, dès lors que c'est elle qui a consenti des investissements importants dans le passé et qu'il ne serait pas équitable que les opérateurs alternatifs ne paient que les coûts relatifs aux nouveaux équipements auxquels ils sont raccordés et pas le coût de l'ensemble du réseau. Pour Belgacom, il y a lieu d'appliquer les mêmes tarifs qu'elle s'impose à elle-même pour ses propres clients.

22. ~~Il n'est pas contesté que les équipements anciens sont en réalité principalement occupés par Belgacom elle-même et très peu par les opérateurs alternatifs.~~

~~Les principes d'orientation sur les coûts et d'interdiction de subventions croisées impliquent que les utilisateurs ne doivent payer que les services auxquels ils ont accès.~~

~~La décision attaquée relève que pour certains investissements la période d'amortissement a expiré et qu'il est permis de supposer que Belgacom a déjà récupéré au préalable les coûts en question; dès lors, ces investissements ne peuvent pas faire partie de la disposition tarifaire.~~

~~L'article 13, 3 de la directive accès, 2002/19/CE, du 7 mars 2002 dispose que lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, c'est à elle qu'il incombe de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissement~~

11 -05- 2007

raisonnable, ce que Belgacom ne fait pas. Elle ne dépose d'ailleurs aucun dossier qui tendrait à prouver que les pourcentages d'utilisation qu'elle a pris en considération sont conformes à la réalité économique ni que les rectifications qui sont proposées par l'IBPT ne le seraient pas.

Le fait que les tarifs ne sont pas indexés n'est pas de nature à entraîner un préjudice pour Belgacom dans la mesure où les tarifs proposés par elle sont contrôlés et adaptés chaque année. Si une majoration devait s'imposer en raison d'une augmentation des coûts liés à l'index, rien n'interdirait à Belgacom de la proposer dans sa prochaine offre de référence annuelle qui est contrôlée par l'IBPT. Mais il se pourrait aussi que cette augmentation soit compensée par une diminution d'autres coûts (par exemple par une réduction des amortissements) ; dans ces conditions, une indexation automatique serait contraire au principe d'orientation sur les coûts et reviendrait à priver l'IBPT de son pouvoir de contrôle.

C'est donc à bon droit que la décision attaquée a considéré que Belgacom ne pouvait répercuter sur les opérateurs alternatifs des coûts qui ne correspondent pas à leur occupation effective des équipements mis à leur disposition.

12.- Sur le coût du transport de capacité

23. En cette matière, Belgacom fait grief à l'IBPT :

- de lui avoir imposé une autre méthodologie de calcul de ses tarifs ;
- d'avoir affecté des coûts d'un coefficient de correction de 5% ;
- d'avoir réduit de 50% les coûts de transmission *Lien Backbone ATM*.

24. Le premier grief est imprécis et ne permet pas à la cour d'exercer son pouvoir de contrôle de la légalité de la décision attaquée.

En effet, Belgacom n'indique pas dans ses conclusions quelle est la méthodologie que l'IBPT aurait substituée à la sienne ni en quoi celle-ci se baserait sur des données erronées ou porterait atteinte à ses intérêts.

La décision indique uniquement que, comme pour l'année précédente, l'IBPT a opté pour calculer les tarifs BROBA 2005 sur la base des coûts moyens budgétisés pour 2004 ainsi que sur les volumes moyens budgétisés pour 2004.

11-05-2007

Ainsi que cela a déjà été dit au point 10 du présent arrêt, il n'est pas critiquable, en soi, dans le chef de l'IBPT, de considérer que les décisions qu'il a déjà prises pour les années antérieures doivent être maintenues pour l'année suivante et ce pour assurer une stabilisation de l'offre de référence. Pour satisfaire à ses obligations de transparence et de non-discrimination, il appartenait à Belgacom d'expliquer pourquoi elle n'entendait plus se conformer aux décisions antérieures de l'IBPT, ce qu'elle ne fait pas. En tout état de cause, Belgacom n'indique pas non plus dans son moyen quels sont les passages des décisions antérieures de l'IBPT qu'elle entend critiquer.

25. Quant à l'affectation d'un coefficient de correction, la décision attaquée est motivée comme suit (p. 86):

L'Institut a considéré que la valeur SCR [valeur nominale de capacité] constituait peut-être une meilleure base de détermination des tarifs, mais devait être considérée comme la bande passante théorique maximum qui soit disponible pour le bénéficiaire. Cette valeur SCR représente en effet le plafond maximum d'utilisation de la bande passante, puisqu'une plus grande consommation de la bande passante, comme autorisée par la valeur PCR [valeur de crête qui n'est pas permanente], doit toujours être compensée par une réduction de l'utilisation de la bande passante, inférieure à la limite SCR.

Par conséquent, dans la pratique, la bande passante réelle sera toujours inférieure à la limite SCR. En d'autres termes, cela signifie cependant aussi que les tarifs qui ont été calculés aujourd'hui sont en fait trop élevés, comparé à la bande passante réellement utilisée. Cet écart sera le plus important pour les ratios PCR/SCR peu élevés et avoisinera en théorie les zéros pour les ratios PCR/SCR très élevés.

Dès lors, l'Institut a également décidé de tenir compte d'un facteur de correction pour les tarifs de BROBA 2004. Comme décrit ci-dessus, ce facteur devrait varier en fonction de la valeur de PCR/SCR, mais pour des raisons pratiques, l'Institut a décidé d'appliquer un facteur de correction uniforme de 0,95. Le même facteur de correction est pris en compte pour 2005.

~~Cette motivation, fondée sur un raisonnement technique, revient à dire qu'il y a lieu de calculer le prix du transport ATM au prix coûtant, c'est-à-dire en fonction de la bande passante réelle et non pas du plafond maximum d'utilisation, dès lors qu'il a été constaté que la capacité réellement utilisée était inférieure.~~

11 -05- 2007

La décision de l'IBPT est raisonnable, proportionnée et ne repose pas sur une erreur manifeste d'appréciation. En effet, Belgacom ne peut répercuter que les coûts réels et les opérateurs alternatifs ne doivent payer que ce qu'ils utilisent. Ils n'ont d'ailleurs pas le choix des infrastructures techniques qu'ils souhaitent utiliser. Faire payer en permanence aux opérateurs alternatifs le coût de la capacité maximum à chaque utilisation, alors qu'elle n'est pas utilisée, revient à leur faire payer plusieurs fois la différence entre la capacité réellement utilisée et cette capacité maximum.

Il convient par ailleurs de constater que Belgacom ne remet en cause que le principe de l'application du coefficient correcteur mais pas le montant de ce dernier.

26. L'IBPT a constaté que Belgacom avait procédé à un *surinvestissement* pour assurer la transmission du *backbone ATM*, lequel s'inspirait plus de plans stratégiques qui lui sont propres que d'un réel besoin immédiat. C'est la raison pour laquelle, l'IBPT n'a pris en considération, dans le calcul des coûts, que 50% de ces investissements.

Belgacom critique cette décision aux motifs (i) qu'il n'appartient pas à l'IBPT de décider à sa place de la dimension de son réseau et (ii) qu'elle se fonderait sur une appréciation technique erronée.

27. L'IBPT n'impose pas à Belgacom de réduire le dimensionnement de son réseau. Il considère uniquement, et à bon droit, que les opérateurs alternatifs ne doivent prendre en charge que les investissements qui leur sont utiles.

Alors qu'elle a la charge de la preuve de l'orientation sur les coûts de ses tarifs, Belgacom ne démontre pas que les investissements qu'elle a réalisés sont nécessaires pour lui permettre de respecter son obligation de garantir à 100% la bande passante.

Quant au refus de l'IBPT de prendre en considération la justification alléguée par Belgacom de la nécessité du remplacement des liens existants STM1 par des liens STM4 et de l'équivalence des coûts entre ces liens, la cour constate que Belgacom ne dépose aucune pièce à l'appui de son recours. Dès lors, la cour ne peut dire, comme Belgacom le lui demande, que l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le recours n'est pas fondé sur ce point.

11 -05- 2007

III.- DISPOSITIF

Pour ces motifs, la cour,

1. Dit le recours fondé dans la mesure ci-après.
2. Annule la décision attaquée en ce qu'elle enjoint à Belgacom de lui soumettre dans les 10 jours ouvrables une nouvelle offre de référence et de publier une offre de référence BROBA I.

Le dit non fondé sur les autres points soumis à discussion.

3. Renvoie l'affaire au rôle particulier afin de permettre aux parties de la mettre en état sur les points à propos desquels elles ont demandé à la cour de surseoir à statuer.
4. Réserve les dépens.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **11 -05- 2007**

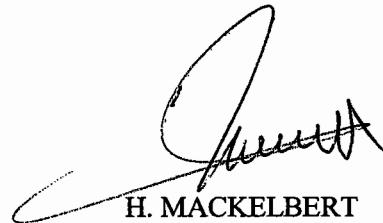
où étaient présents :

Henry MACKELBERT, Conseiller, ff. Président,
Els HERREGODTS, Conseiller,
Yves DEMANCHE, Conseiller
Patricia DELGUSTE, Greffier.

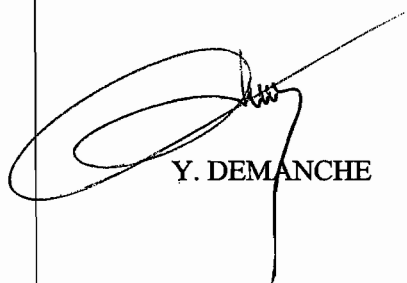
11 -05- 2007



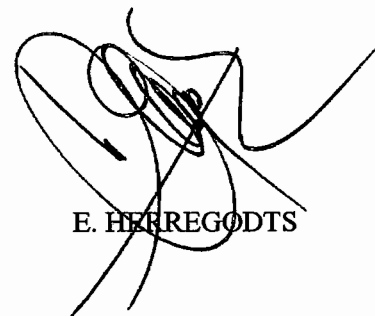
P. DELGUSTE



H. MACKELBERT



Y. DEMANCHE



E. HERREGODTS