

Cour d'appel de Bruxelles
18^{ème} Chambre (FR)
Affaire n° 2016/AR/1783

L'original a été
déposé au greffe de
la Cour d'Appel de
Bruxelles, le
28 -10- 2016
Le greffier

Coordonnées des avocats :

Tél. : 02/647.47.72 ; Fax : 02/644.21.65

dirk.vanliedekerke@olswang.com

alexis.laes@olswang.com

matthieu.vanlierde@olswang.com

REQUÊTE EN ANNULATION ET EN SUSPENSION
(conformément à l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003)

PARTIE REQUÉRANTE

La S.A. de droit public Proximus, dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 27, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n° 0202.239.951 ;

Ayant pour conseils M^{es} Dirk Van Liedekerke, Alexis Laes et Matthieu van Lierde, avocats, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 326, bte 26 ;

Ci-après dénommée « Proximus » ou la « requérante ».

PARTIE ADVERSE

L'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications, organisme d'intérêt public créé par l'article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et dont l'Institut continue la personne juridique conformément à l'article 13 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 35, Ellipse Building, Bâtiment C ;

Ci-après dénommé « l'IBPT ».

DÉCISION FAISANT L'OBJET DU RECOURS

Le présent recours de Proximus est dirigé contre **la Décision de l'IBPT d'approbation et de publication du cahier des charges n° 2016/APA/OTF** intitulé « *Appel d'offre général avec publicité européenne pour le compte de l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications (IBPT) visant la réalisation d'une mission d'accompagnement de l'IBPT dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des redevances uniques ("one-time-fees") et de la redevance locative "ISLA Repair" des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2* », en tant qu'elle reflète la décision de l'IBPT de procéder à un audit des processus opérationnels de Proximus relatifs aux redevances uniques (« one-time-fees ») et à la redevance locative « ISLA Repair » des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 et les modalités y relatives.

Ci-après désignée la « Décision » ou la « Décision entreprise ».

LIEU, JOUR ET HEURE DE LA COMPARUTION FIXÉS PAR LE GREFFE DE LA COUR D'APPEL

La partie adverse est invitée à comparaître **le 17 novembre 2016 à 09h00**, devant la **18^{ème} chambre (francophone) de la Cour d'appel de Bruxelles**, siégeant au lieu habituel de ses audiences (salle 0.F), Palais de justice, Place Poelaert à 1000 Bruxelles.

CODE NATURE DE L'AFFAIRE

La présente requête relève des « *compétences exclusives* » de la Cour d'appel de Bruxelles, reprises sous le **code I.1.a.**

TABLE DES MATIERES

I.	EN FAIT	4
A.	CONTEXTE DE L'ADOPTION DE LA DECISION ENTREPRISE.....	4
B.	DESCRIPTION DE LA DECISION ENTREPRISE.....	8
1.	La Décision entreprise s'inscrit dans l'objectif de révision des one-time-fees et de la rental fee « ISLA Repair » et des modèles de coûts sous-jacents.....	8
2.	La Décision entreprise arrête les dispositions générales et les prescriptions techniques du cahier des charges du marché public	9
3.	La Décision entreprise acte formellement et à tout le moins reflète la décision de l'IBPT adressée à Proximus de procéder à un audit de ses processus opérationnels et les modalités y relatives.....	10
II.	EN DROIT	13
A.	AVANT DIRE DROIT : SUSPENSION DE LA DECISION ENTREPRISE	14
1.	Les moyens sérieux de Proximus susceptibles de justifier l'annulation de la Décision entreprise	14
1.1.	<i>Premier moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission du consultant externe de l'IBPT, qui s'inscrit dans l'objectif d'adapter les obligations réglementaires tarifaires de Proximus, est sans objet dans la mesure où une telle adaptation nécessite au préalable une nouvelle analyse de marché</i>	15
a)	Rappel des principes applicables	15
b)	Application en l'espèce	17
1.2.	<i>Deuxième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission du consultant externe de l'IBPT est sans objet dans la mesure où le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus doit être effectué par un réviseur d'entreprises agréé désigné par Proximus (et non par un consultant externe de l'IBPT).....</i>	19
a)	Rappel des principes applicables	19
b)	Application en l'espèce	20
1.3.	<i>Troisième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission d'audit et les modalités de celle-ci violent le principe général de proportionnalité.....</i>	22
a)	Rappel des principes applicables	22
b)	Application en l'espèce	27
1.4.	<i>Quatrième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission d'audit et les modalités de celle-ci violent le droit fondamental au respect de la vie privée de Proximus</i>	32
a)	Quant à l'atteinte à la vie privée de Proximus	32
b)	Quant à l'absence de fondement légal	34
c)	Quant à la violation de l'exigence de proportionnalité.....	38

1.5. <i>Cinquième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que les critères d'exclusion et de sélection prévus pour choisir le consultant externe ne garantissent pas à suffisance les exigences d'indépendance et d'impartialité que la mission d'audit requiert</i>	43
2. L'exécution immédiate de la Décision entreprise risquerait de causer un préjudice grave et difficilement réparable à Proximus	44
3. La balance des intérêts en présence penche en faveur de la suspension de la Décision entreprise	46
B. AU FOND : ANNULATION DE LA DECISION ENTREPRISE	47

I. EN FAIT

A. CONTEXTE DE L'ADOPTION DE LA DECISION ENTREPRISE

1. **Les analyses des marchés large bande.** A la suite de l'adoption du cadre réglementaire européen des communications électroniques en 2002¹, les autorités réglementaires nationales ont été chargées d'effectuer l'analyse des marchés pertinents répertoriés dans les Recommandations de la Commission européenne.

Parmi les marchés large bande, les Recommandations de la Commission européenne du 11 février 2003² et du 17 décembre 2007³ répertoriaient les marchés pertinents suivants :

- le marché de la fourniture en gros d'accès physique à l'infrastructure du réseau en position déterminée ; et
- le marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande.

Ces marchés étaient répertoriés comme marchés 11 et 12 de la Recommandation du 11 février 2003 et comme marchés 4 et 5 de la Recommandation du 17 décembre 2007.

Le premier cycle d'analyse des marchés large bande a été effectué en Belgique par la Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008⁴.

Dans cette décision, l'IBPT avait désigné Proximus comme opérateur disposant d'une puissance significative de marché et lui avait par conséquent imposé plusieurs obligations réglementaires *ex ante* :

- obligation d'accès ;
- obligation de non-discrimination ;
- obligation de transparence ;
- obligation de séparation comptable ; et
- obligation de contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts.

¹ Le cadre réglementaire des communications électroniques qui a été adopté en 2002 est essentiellement composé d'une directive de libéralisation, à savoir la directive « libéralisation » 2002/77/CE (*J.O.U.E.*, 17 septembre 2002, L 249, p. 21), et de quatre directives d'harmonisation, à savoir la directive « cadre » 2002/21/CE (*J.O.U.E.*, 24 avril 2002, L 108, p. 33), la directive « accès » 2002/19/CE (*J.O.U.E.*, 24 avril 2002, L 108, p. 7), la directive « autorisation » 2002/20/CE (*J.O.U.E.*, 24 avril 2002, L 108, p. 21) et la directive « service universel » 2002/22/CE (*J.O.U.E.*, 24 avril 2002, L 108, p. 51). Ce cadre réglementaire est toujours en vigueur à l'heure actuelle bien qu'il ait fait l'objet de modifications substantielles en 2009 par la directive « mieux légiférer » 2009/140/CE (*J.O.U.E.*, 18 décembre 2009, L 337, p. 37) et la directive « droit des citoyens » 2009/136/CE (*J.O.U.E.*, 18 décembre 2009, L 337, p. 11).

² Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* (2003/311/CE), *J.O.U.E.*, 8 mai 2003, L 114, p. 45.

³ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* (2007/879/CE), *J.O.U.E.*, 28 décembre 2007, L 344, p. 65.

⁴ Décision du Conseil de l'IBPT du 10 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de gros du groupe « Accès », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : *Marché 11 : la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux et Marché 12 : la fourniture en gros d'accès à large bande.*

Le 12 novembre 2008, l'IBPT a adopté un Addendum à la Décision du 10 janvier 2008 portant sur l'impact des Next Generation Networks (NGN) et du Next Generation Access (NGA) sur les marchés large bande⁵. Cet Addendum a adapté certaines des obligations réglementaires *ex ante* imposées à Proximus afin de résoudre les problèmes posés par la migration annoncée du réseau ATM/DSL de Proximus vers un réseau NGN/NGA (VDSL).

Par un arrêt du 7 mai 2009⁶, la Cour d'appel de Bruxelles a annulé partiellement la Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 pour défaut de motivation.

Sur la base de l'article 14, § 2, 6°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur⁷, l'IBPT a alors adopté la Décision de réfection rétroactive du 2 septembre 2009⁸ afin de corriger les défauts de motivation de la Décision du 10 janvier 2008. Cette décision de réfection a fait l'objet d'un recours de Proximus qui a ensuite été retiré dans la mesure où l'IBPT était occupé à effectuer le deuxième cycle d'analyse des marchés large bande.

Le deuxième cycle d'analyse des marchés large bande a été effectué par la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011⁹.

Dans cette décision, la CRC a conclu que Proximus disposait encore d'une puissance significative de marché et a par conséquent maintenu les obligations réglementaires *ex ante* qui lui avaient été précédemment imposées (à l'exception de l'obligation d'accorder un accès dégroupé à la sous-boucle locale et de certaines obligations portant sur les mini MDF en cas de fermeture partielle du MDF qui ont été supprimées), tout en ajoutant également certaines nouvelles obligations (comme notamment l'excellence opérationnelle).

Sur la base de cette seconde analyse de marché, l'IBPT a également adopté des décisions de mise en œuvre de la nouvelle obligation d'excellence opérationnelle, à savoir la Décision BRxx 2010 du 11 août 2011¹⁰ et la Décision BRxx 2012 du 10 décembre 2013¹¹.

Par un arrêt du 3 décembre 2014¹², la Cour d'appel de Bruxelles a annulé la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 dans son intégralité pour défaut de motivation, à l'exception toutefois des dispositions de cette décision prévoyant le retrait de l'obligation d'accorder un accès dégroupé à la sous-boucle locale et de certaines obligations portant sur les mini MDF en cas de fermeture partielle du MDF.

⁵ Addendum du 12 novembre 2008 à la Décision d'analyse de marché du 10 janvier 2008 relatif à l'impact des Next Generation Networks « NGN » et Next Generation Access « NGA » sur les marchés d'accès à large bande.

⁶ Bruxelles (18^{ème} ch.), 7 mai 2009, 2008/AR/787.

⁷ Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (*M.B.*, 24 janvier 2003).

⁸ Décision de réfection du 2 septembre 2009 visant à corriger la Décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande.

⁹ Décision de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande.

¹⁰ Décision du Conseil de l'IBPT du 11 août 2011 concernant les offres de référence BRUO/BROBA/WBA VDSL2/BROTSOLL 2010 (Open Calendars & Certified Technicians & Broba Ethernet Dedicated Vlan).

¹¹ Décision du Conseil de l'IBPT du 10 décembre 2013 concernant la révision des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 (BRxx 2012).

¹² Bruxelles (18^{ème} ch.), 3 décembre 2014, 2011/AR/2421.

Deux semaines plus tard, la CRC a adopté la Décision de réfection rétroactive du 18 décembre 2014¹³ afin de corriger les défauts de motivation de la Décision du 1^{er} juillet 2011.

Par un arrêt du 7 janvier 2015, la Cour d'appel a annulé la Décision BRxx 2010 dès lors que celle-ci n'avait plus de fondement juridique en raison de l'annulation de la Décision du 1^{er} juillet 2011¹⁴.

La Décision de réfection rétroactive du 18 décembre 2014 a également été intégralement annulée par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 juin 2016¹⁵ pour défaut de consultation préalable de l'Autorité belge de la concurrence et de la Commission européenne, sans devoir examiner les moyens de fond qui étaient invoqués à l'encontre de cette décision.

Dans le cadre du recours actuellement pendant contre la Décision BRxx 2012, l'IBPT a communiqué à Proximus et à la Cour la Décision de l'IBPT du 6 octobre 2016 portant retrait de la Décision BRxx 2012¹⁶. Cette Décision de retrait a été publiée sur le site de l'IBPT le 26 octobre 2016.

2. **Les Offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 de Proximus.** En vertu de l'obligation de transparence qui lui a été imposée dans le cadre des analyses des marchés large bande, Proximus est tenue de publier une Offre de référence qui définit les conditions techniques et tarifaires de ses services d'accès de gros.

Les services d'accès de gros de Proximus sont répartis en trois Offres de référence :

- BRUO (Belgacom Reference Unbundling Offer) : offre de référence relative à l'accès dégroupé à la boucle locale ;
- BROBA (Belgacom Reference Offer Bitstream Access) : offre de référence relative à l'accès au débit binaire via la technologie ADSL/SDSL ; et
- WBA VDSL2 (Wholesale Broadband Access VDSL2) : offre de référence relative à l'accès au débit binaire via la technologie VDSL.

3. **Les obligations réglementaires tarifaires imposées à Proximus sur les marchés large bande.** Dans le cadre des analyses des marchés large bande, Proximus s'est vu imposer des obligations réglementaires tarifaires sur la base de l'article 62 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹⁷, dont notamment :

- L'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts

Les coûts pris en considération sont les coûts liés à la fourniture d'une prestation efficace, y compris un retour sur investissement, sur la base d'un modèle « *bottom up* »¹⁸.

¹³ Décision de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) du 18 décembre 2014 portant réfection et correction de la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 sur l'analyse des marchés à large bande.

¹⁴ Bruxelles (18^{ème} ch.), 7 janvier 2015, 2011/AR/2599.

¹⁵ Bruxelles (18^{ème} ch.), 29 juin 2016, 2015/AR/196.

¹⁶ Décision du Conseil de l'IBPT du 6 octobre 2016 portant retrait de la Décision du Conseil de l'IBPT du 10 décembre 2013 concernant la révision des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 (BRxx 2012).

¹⁷ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (*M.B.*, 20 juin 2005).

¹⁸ Un modèle « *bottom up* » (approche ascendante) est un modèle théorique dans lequel on procède au dimensionnement optimal des ressources requises (les différents éléments de réseau) en fonction d'un hypothétique volume de demande. Le modèle « *bottom up* » se distingue du modèle « *top down* » (approche descendante) qui est établi au départ des données comptables de l'opérateur régulé et qui répartit les

Dans la Décision du 10 janvier 2008 telle que corrigée par la Décision de réfection du 2 septembre 2009, l'IBPT a imposé à Proximus :

- une obligation d'orientation stricte des tarifs sur les coûts pour les produits BRUO et BROBA¹⁹ ; et
- une obligation d'orientation sur les coûts raisonnables pour les produits WBA VDSL2²⁰.

Dans la Décision du 1^{er} juillet 2011, la CRC a maintenu l'obligation d'orientation stricte des tarifs sur les coûts pour les produits BRUO et BROBA²¹ et l'a étendue aux produits WBA VDSL2²².

Comme indiqué au paragraphe 1^{er} *supra*, la Décision du 1^{er} juillet 2011 a été annulée par la Cour d'appel, de sorte que l'extension de l'obligation d'orientation *stricte* des tarifs sur les coûts aux produits WBA VDSL2 a été levée.

- L'obligation de mettre en œuvre un modèle de comptabilisation des coûts répondant aux conditions déterminées par l'IBPT quant aux principes généraux, à la qualité de l'information, aux règles d'allocation et d'évaluation, à la documentation, à la description et au contrôle du système de comptabilisation des coûts, ainsi qu'aux délais à respecter

Cette obligation a été imposée à Proximus au motif que, en l'absence d'un système de comptabilisation des coûts approprié, le respect de l'obligation d'orientation des tarifs sur les coûts qui lui incombe serait difficile à contrôler.

Les conditions auxquelles le modèle de comptabilisation des coûts doit répondre ont été définies dans la Décision de l'IBPT du 22 août 2007²³ (qui est une décision qui envisage la mise en œuvre de cette obligation de façon transversale, pour tous les marchés sur lesquels Belgacom est désignée comme disposant d'une puissance significative de marché).

4. Les redevances locatives (« rental fees ») et les redevances uniques (« one-time-fees »). Les offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 de Proximus distinguent deux catégories principales de redevances :

- les redevances locatives ou récurrentes (« rental fees ») qui visent à rétribuer Proximus de manière mensuelle notamment pour l'utilisation de la boucle locale, l'utilisation

différents coûts en provenance de la comptabilité entre les divers services et prestations fournis par l'opérateur en question.

¹⁹ Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 (version coordonnée), p. 156 et p. 248.

²⁰ Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 (version coordonnée), p. 251 : « *En ce qui concerne VDSL et VDSL2, l'Institut décide d'imposer un prix d'accès haut débit de gros qui encourage l'investissement, notamment en s'éloignant d'un concept pur d'orientation sur les coûts pour évoluer vers un concept d'orientation sur les coûts raisonnables, combiné avec un test d'éviction par rapport à un opérateur efficace ayant construit une offre d'accès à haut débit de gros à partir du dégroupage* ».

²¹ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, point 715 et point 1224.

²² Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, point 1245 : « *L'obligation actuelle des coûts raisonnables pour l'accès WBA VDSL2 est remplacée par une obligation d'orientation sur les coûts des prix d'accès large bande de l'offre de gros bitstream WBA VDSL2* ».

²³ Décision du Conseil de l'IBPT du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts. Bien que cette décision soit antérieure à la Décision du 10 janvier 2008, celle-ci prévoyait par anticipation son application à l'analyse des marchés large bande qui était en cours à cette époque : « *la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts a été rendue obligatoire pour Belgacom en relation avec les marchés suivants (...) 11. Fourniture en gros d'accès dégroupé (analyse en cours) ; 12. Fourniture en gros d'accès à large bande (analyse en cours)* » (décision précitée, pp. 3-4).

éventuelle d'équipements électroniques pour le transport des informations ou l'utilisation d'un espace physique de colocalisation ; et

- les redevances uniques (« one-time-fees ») qui visent à rétribuer Proximus de manière forfaitaire pour des prestations techniques et administratives spécifiques réalisées par des techniciens et différentes équipes de support (comme notamment des installations de ligne, des migrations ou encore des désactivations).

Un tableau de synthèse des différentes redevances applicables est repris sur le site internet de Proximus²⁴.

5. **Les Plans opérationnels 2015 et 2016 de l'IBPT : l'objectif de révision des one-time fees et du modèle de coûts sous-jacent.** Dans ses Plans opérationnels 2015 et 2016, l'IBPT a indiqué qu'il poursuivrait l'objectif de révision et de mise à jour des one-time-fees et du modèle de coûts sous-jacent des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 :

« Les "one-time fees" sont des redevances uniques pour des opérations menées par Proximus sur son réseau pour le compte des opérateurs alternatifs dans le cadre de ses offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 (par exemple des installations de ligne, des migrations ou encore des désactivations).

Ces tarifs sont basés sur un modèle de coûts et ont été déterminés par diverses décisions antérieures de l'IBPT.

Une révision et une mise à jour de ces tarifs sont nécessaires afin d'assurer une orientation sur les coûts. Dans ce contexte, l'IBPT a mené en 2015 une réévaluation des activités détaillées dans le modèle de coût. En concertation avec le secteur, cette analyse débouchera en 2016 sur la publication de nouveaux tarifs »²⁵.

B. DESCRIPTION DE LA DECISION ENTREPRISE

6. **La Décision entreprise.** La Décision entreprise porte approbation et publication du cahier des charges n° 2016/APA/OTF intitulé « Appel d'offre général avec publicité européenne pour le compte de l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications (IBPT) visant la réalisation d'une mission d'accompagnement de l'IBPT dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des redevances uniques ("one-time-fees") et de la redevance locative "ISLA Repair" des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 ».

Dans cette Décision qui s'inscrit dans l'objectif de révision des one-time fees et de la rental fee « ISLA Repair » et des modèles de coûts sous-jacents (**section 1**), l'IBPT ne s'est pas uniquement limité à arrêter les dispositions générales et les prescriptions techniques du cahier des charges du marché public soumis à appel d'offre (**section 2**) mais il a également formellement acté et a tout le moins reflété sa décision adressée à Proximus de procéder à un audit de ses processus opérationnels et les modalités y relatives (**section 3**).

1. La Décision entreprise s'inscrit dans l'objectif de révision des one-time-fees et de la rental fee « ISLA Repair » et des modèles de coûts sous-jacents

7. **Objectif de révision des one-time-fees et du modèle de coûts jacent.** La Décision entreprise s'inscrit dans l'objectif de révision des one-time fees et du modèle de coûts sous-jacent des offres

²⁴ Ce tableau de synthèse peut être consulté à l'adresse suivante : http://www.proximuswholesale.be/dam/cdn/sites/wholesale/document/access/PricingOverview_BRxx_WB_A.xls/PricingOverview_BRxx_WBA.xls.

²⁵ Plan opérationnel 2016 de l'IBPT, p. 25 ; Plan opérationnel 2015 de l'IBPT, p. 34.

BRUO, BROBA et WBA VDSL2, tel que défini dans les Plans opérationnels 2015 et 2016 de l'IBPT :

« L'IBPT peut modifier ou adapter la méthodologie de calcul des coûts. Certains tarifs nécessitent une révision afin de s'assurer qu'ils correspondent à la réalité opérationnelle et financière d'un opérateur efficace, c'est pourquoi l'IBPT est occupé à réviser les one-time-fees des offres BRUO, BROBA et WBA VDSL2, et plus précisément les tarifs suivants :

- **Activation/migration** : ce tarif est applicable lorsqu'un opérateur alternatif souhaite activer une nouvelle ligne d'accès large bande ou devenir le bénéficiaire d'une ligne d'accès large bande existante. Il vise à rétribuer Proximus pour les activités techniques réalisées dans ce but.
- **Activation avec SNA (small network adaptation)** : ce tarif est applicable lorsque l'activation du nouveau service d'accès large bande nécessite le raccordement physique (soudure) d'une paire de cuivre (nouvelle ou existante) au réseau d'accès de Proximus.
- **Intervention en cas de client absent (Useless visit)** : une tarification spécifique est prévue lorsque le technicien de Proximus se rend inutilement chez le client final pour une cause qui ne relève pas de la responsabilité de Proximus. Par exemple : le client est absent, le client refuse l'intervention, ...
- **Demandes erronées de réparation (Wrongful Repair)** : lorsqu'un opérateur alternatif constate une perte de connectivité ou un défaut technique au niveau des services d'accès large bande qu'il fournit à ses clients et qu'il suspecte un problème dans le réseau de Proximus, il peut introduire un ticket auprès de Proximus afin de le lui signaler et demander sa réparation. Lorsqu'il est établi que la source du problème se situe en dehors de la zone de responsabilité de Proximus, les offres de référence prévoient une tarification spécifique visant à rétribuer Proximus pour les prestations effectuées de façon inutile »²⁶.

8. **Objectif de révision de la rental fee « ISLA Repair » et du modèle de coûts sous-jacent.** Outre les one-time-fees, la Décision entreprise s'inscrit également dans l'objectif de révision de la rental fee « ISLA Repair » et du modèle de coûts sous-jacent :

« L'IBPT revoit également la redevance locative "Improved SLA (ISLA) Repair". Tout opérateur alternatif qui souscrit à une offre d'accès large bande, peut, moyennant le paiement d'une redevance locative complémentaire, souscrire à une option de garantie de service améliorée en cas de défaillance technique. Le service rendu est plus rapide que celui assuré sous la garantie de service de base. Cette redevance vise donc à compenser le coût plus élevé d'une équipe de techniciens dédiés à la réparation urgente de lignes et dans des créneaux horaires qui dépassent parfois les heures de bureau.

Les modèles de coûts sous-tendant ces tarifs font actuellement l'objet d'une révision et l'IBPT entend exercer son pouvoir de contrôle en utilisant ses ressources internes mais il souhaite également être aidé dans cette tâche par une entreprise spécialisée »²⁷.

2. La Décision entreprise arrête les dispositions générales et les prescriptions techniques du cahier des charges du marché public

9. **Les dispositions générales du cahier des charges.** La section A de la Décision entreprise porte approbation et publication des dispositions générales du cahier des charges²⁸.

²⁶ Décision entreprise, p. 24.

²⁷ Décision entreprise, pp. 24-25.

²⁸ Décision entreprise, pp. 6 à 22.

L'IBPT y définit notamment l'objet et la nature du marché, la durée du contrat, le mode d'introduction des offres et les modalités de la séance d'ouverture des offres, les critères d'exclusion et de sélection des offres, les critères d'attribution et de pondération, ...

Il est surprenant de constater que, parmi les critères d'exclusion, le cahier des charges ne reprend pas l'interdiction « *au soumissionnaire d'exécuter des marchés pour un prestataire de services de communications électroniques actif en Belgique pendant l'exécution du présent marché* » (alors qu'un tel critère d'exclusion avait été posé dans le cahier spécial des charges pour le développement d'un modèle de coûts pour un réseau de nouvelle génération publié en 2010), mais requiert seulement comme critère de sélection « *une déclaration sur l'honneur [du soumissionnaire] confirmant son indépendance vis-à-vis de toute personne physique ou morale soumise au contrôle de l'Institut* »²⁹.

10. **Les prescriptions techniques du cahier des charges.** La section B de la Décision entreprise porte approbation et publication des prescriptions techniques du cahier des charges³⁰.

L'IBPT y définit notamment le contexte et les objectifs dans lesquels s'inscrit la mission d'audit du consultant externe, les modalités de la mission et les pouvoirs d'enquête octroyés à ce consultant, les modalités de la collaboration avec l'IBPT ainsi que des rapports devant être rédigés.

3. La Décision entreprise acte formellement et à tout le moins reflète la décision de l'IBPT adressée à Proximus de procéder à un audit de ses processus opérationnels et les modalités y relatives

11. **La Décision entreprise reflète une décision de l'IBPT adressée à Proximus.** La Décision entreprise ne constitue pas une décision se limitant à définir les dispositions générales et les prescriptions techniques du cahier des charges adressées aux soumissionnaires du marché public.

En réalité, la Décision entreprise reflète et contient dès lors également la décision de l'IBPT adressée à Proximus (mais non notifiée à cette dernière) de procéder à un audit de ses processus opérationnels et les modalités y relatives.

12. **La décision de procéder à un audit des processus opérationnels de Proximus.** La Décision entreprise acte formellement la décision de l'IBPT de procéder à un audit des processus opérationnels liés aux one-time fees et à la rental fee « ISLA Repair » des offres BRUO, BROBA et WBA VDSL2 de Proximus :

« Le présent marché porte sur une Mission d'accompagnement de l'IBPT dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des coûts et des processus liés aux redevances uniques (« one-time-fees ») et à la redevance locative ISLA Repair des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2, sur la base des détails de la mission visée à l'annexe A du présent cahier des charges »³¹ ;

« Le soumissionnaire doit aider l'IBPT dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des obligations tarifaires de Proximus. Son rôle consiste donc à analyser les modèles de coûts visés ci-avant afin d'évaluer si les tâches qui le composent (et par conséquent les coûts qu'elles engendrent) sont effectivement liés à la fourniture d'une prestation efficace par

²⁹ Décision entreprise, p. 14.

³⁰ Décision entreprise, pp. 23 à 32.

³¹ Décision entreprise, p. 6.

Proximus. Plus précisément, le soumissionnaire évaluera les paramètres opérationnels d'un ensemble des tâches techniques et il analysera leur niveau d'efficacité »³².

13. La définition de la mission d'audit du consultant externe. La Décision entreprise acte ensuite la mission du consultant externe chargé d'assister l'IBPT pour mener l'audit en question :

« La mission est scindée en deux volets :

- *Evaluation des paramètres opérationnels*
- *Analyse de l'efficacité / Contre-expertise (...)*

Volet 1. Evaluation des paramètres opérationnels (redevances forfaitaires uniquement)

Cette mission n'est applicable que pour les redevances forfaitaires. Elle consiste à contrôler le processus de production des paramètres opérationnels ainsi que leurs données sources. Le soumissionnaire rédigera un rapport avec ses observations et ses propositions de modifications.

Seuls les deux paramètres opérationnels suivants seront analysés :

- *la durée d'exécution,*
- *et le taux de survenance.*

Pour mener à bien cette mission, le soumissionnaire réalisera les deux analyses suivantes.

a. *Audit du processus de production des valeurs des paramètres opérationnels telles qu'utilisées actuellement dans le modèle*

Le soumissionnaire contrôlera notamment dans quelle mesure les valeurs :

- *sont évaluées sur la base de feuilles de travail ou sur la base de données sources suffisamment détaillées et adéquates ;*
- *sont basées sur des échantillons suffisamment représentatifs et que les filtrages opérés sur les données sources sont pertinents ;*
- *sont correctement évaluées par rapport aux données sources disponibles.*

Pour effectuer cet audit, le soumissionnaire disposera de données sources brutes produites par Proximus pour évaluer les paramètres opérationnels. (...) Le soumissionnaire utilisera également des techniques statistiques appropriées.

Lorsque les résultats de cet audit révèlent des manquements, des incohérences ou des erreurs, le soumissionnaire en précisera objectivement leur teneur et leur incidence sur le modèle de coûts.

b. *Contre-expertise des valeurs des paramètres opérationnels*

Le soumissionnaire procédera à une contre-expertise des valeurs des paramètres opérationnels sur la base de ses propres constatations, et ce dans le but de s'assurer que le modèle de coût prend en compte uniquement des coûts pertinents. Le soumissionnaire utilisera des techniques statistiques appropriées et des techniques d'interrogation.

A travers cette contre-expertise, le soumissionnaire corrigera par ailleurs, ou formulera des propositions, pour corriger les manquements, incohérences et/ou erreurs relevés lors de l'audit détaillé ci-avant. (...)

Volet 2. Analyse de l'efficacité (toutes les redevances)

Le soumissionnaire déterminera le niveau d'efficacité de Proximus. Il évaluera notamment le caractère proportionné et adapté des paramètres suivants :

³² Décision entreprise, p. 27.

- *du type de ressource effectivement utilisé (p.ex. le niveau de qualification de la ressource est-il en adéquation avec le type de tâche qui lui est affecté ?) ;*
- *du taux d'occupation effectif des ressources humaines (p.ex. le niveau d'occupation des ressources est-il satisfaisant ?) ;*
- *de la taille des équipes (p.ex. les équipes allouées pour effectuer les différentes tâches susmentionnées sont-elles dimensionnées de façon efficace ?) ;*
- *de la durée des tâches (p.ex. le soumissionnaire évaluera si la durée des tâches est effectivement celle qui peut être attendue d'un opérateur efficace).*

Le soumissionnaire réalisera les analyses suivantes et rédigera un rapport contenant les résultats de ces analyses.

- *Comparaison des paramètres susmentionnés entre les équipes de Proximus affectées aux produits de gros BRUO, BROBA et WBA VDSL2, et les équipes de leurs sous-traitants effectuant les mêmes interventions et/ou des interventions analogues.*
- *Comparaison des paramètres susmentionnés entre les équipes de Proximus affectées aux produits de gros BRUO, BROBA et WBA VDSL2, et les autres équipes de Proximus réalisant des tâches analogues (notamment dans le cadre des produits de détail et des produits de gros Carrier DSL et Explore).*

Le soumissionnaire déterminera dans quelle mesure ces comparaisons sont pertinentes et fiables »³³.

14. Les pouvoirs d'enquête (exorbitants) conférés au consultant externe. La Décision entreprise acte également les pouvoirs d'enquête particulièrement larges qui sont conférés au consultant externe de l'IBPT dans le cadre de la mission d'audit :

- Le pouvoir d'effectuer un contrôle au sein des locaux de Proximus et de suivre les équipes techniques de cette dernière sur le terrain notamment en vue de détecter des éventuels manquements ou erreurs de sa part

Dans les conditions générales du cahier des charges, sous le titre « *Lieu où les services doivent être exécutés* », la Décision entreprise indique que le consultant externe de l'IBPT pourra être amené « *à se rendre dans les locaux de Proximus voire de suivre les équipes techniques de Proximus sur le terrain, avec un maximum de 15 jours ouvrables* »³⁴.

Dans les prescriptions techniques du cahier des charges, la Décision entreprise confirme que le consultant externe de l'IBPT est autorisé « *à effectuer un contrôle ciblé dans les locaux de Proximus ou sur le terrain* » en vue de détecter des éventuels manquements ou erreurs dans le chef de cette dernière³⁵.

- Le pouvoir d'interroger Proximus pour évaluer l'ensemble des informations utiles disponibles dans les bases de données de cette dernière ou disponibles sur le terrain et de collecter ces informations notamment par constations ponctuelles sur le terrain ou dans les locaux de Proximus

La Décision entreprise prévoit en outre que, tout au long de sa mission, le consultant externe de l'IBPT pourra non seulement « *[interroger] Proximus pour évaluer l'ensemble des informations utiles disponibles dans les bases de données de cette dernière, disponibles sur le terrain ou formalisées dans des conventions* » mais également

³³ Décision entreprise, pp. 28 à 31.

³⁴ Décision entreprise, p. 20, point 15.2.1.

³⁵ Décision entreprise, p. 29.

« [collecter] ces informations par demande auprès de Proximus et par constatations ponctuelles sur le terrain ou dans les locaux de Proximus »³⁶.

La Décision précise par ailleurs que les conventions que le consultant externe peut consulter et saisir sont tant les « *conventions internes à l'entreprise, notamment entre différentes divisions opérationnelles* » que les « *conventions externes (notamment celles entre Proximus et ses sous-traitants)* »³⁷.

15. **Le courrier adressé en date du 13 octobre 2016 par Proximus à l'IBPT.** Dans l'objectif d'éviter, le cas échéant, l'introduction d'un recours contre la Décision entreprise, Proximus a adressé un courrier à l'IBPT en date du 13 octobre 2016 afin de lui faire part de ses vives préoccupations et de l'interroger sur la portée et le contenu de la Décision.

Dans ce courrier, Proximus invitait l'IBPT à lui faire part de sa position au plus tard le 20 octobre 2016.

L'IBPT n'y a cependant pas donné la moindre suite au jour du dépôt de la présente requête.

II. EN DROIT

16. **Compétence de la Cour d'appel de Bruxelles.** Le présent recours relève de la compétence exclusive de la Cour d'appel de Bruxelles en vertu de l'article 2, § 1^{er}, de la loi IBPT-recours du 17 janvier 2003³⁸.

La jurisprudence de la Cour confirme d'ailleurs que sa compétence exclusive s'étend aux recours contre les décisions de l'IBPT relatives à une procédure de marché public en matière de communications électroniques³⁹, telles que la Décision entreprise.

17. **Respect du délai légal imparti pour l'introduction du recours.** Comme le stipule l'article 2, § 2, de la loi IBPT-recours du 17 janvier 2003, le recours doit être formé « *dans un délai de soixante jours à partir de la notification de la décision ou à défaut de notification, après la publication de la décision ou à défaut de publication, après la prise de connaissance de la décision* ».

La Décision entreprise n'a pas été notifiée à Proximus, mais elle a été publiée sur le site de l'IBPT en date du 29 août 2016⁴⁰.

Etant formé le 28 octobre 2016, le présent recours est donc introduit dans le délai légal imparti.

18. **Intérêt à agir de Proximus.** Il ressort de la description ci-dessus de la Décision entreprise (voir paragraphes 11 à 14 *supra*) que celle-ci acte formellement et contient en réalité une décision de l'IBPT de procéder à un audit des processus opérationnels de Proximus et les modalités y relatives.

Proximus est donc directement et personnellement concernée par la Décision entreprise de sorte qu'elle justifie manifestement d'un intérêt pour l'introduction du présent recours, à tout le moins

³⁶ Décision entreprise, p. 30 ; voir également p. 29.

³⁷ Décision entreprise, p. 30, note de bas de page 6.

³⁸ 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 (*M.B.*, 24 janvier 2003).

³⁹ Voir notamment Bruxelles (9^{ème} ch.), 16 juin 2006, 2005/AR/707 e.a., points 8 et 9.

⁴⁰ <http://www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/appels-d-offres/cahier-des-charges-one-time-fees-et-isla-repair>.

en ce qui concerne précisément ces derniers points qui la concernent directement, voire qui lui sont adressés.

Pour autant que de besoin, Proximus se réfère également aux dispositions de l'article 18 du Code judiciaire.

19. **Objet du présent recours.** Par le présent recours, Belgacom sollicite respectueusement de la Cour d'appel :

- avant dire droit, qu'elle prononce la suspension de la Décision entreprise dans son intégralité jusqu'au prononcé de l'arrêt au fond ; et
- au fond, qu'elle constate que la Décision entreprise est entachée d'illégalités sur les points visés par les moyens de Proximus et, par conséquent, qu'elle prononce l'annulation de la Décision entreprise dans son intégralité.

Les demandes de Proximus sont exposées ci-après.

A. AVANT DIRE DROIT : SUSPENSION DE LA DECISION ENTREPRISE

20. **Les conditions de la suspension.** Il résulte des termes de l'article 2, § 4, de la loi IBPT-recours du 17 janvier 2003, tels que précisés par la jurisprudence de la Cour d'appel⁴¹, que la suspension d'une décision de l'IBPT peut être ordonnée lorsque les trois conditions suivantes sont rencontrées :

- des moyens sérieux de nature à faire apparaître l'illégalité *prima facie* de la décision attaquée sont invoqués ;
- l'exécution immédiate de la décision risquerait d'avoir des conséquences graves et difficilement réparables pour le requérant ;
- la balance des intérêts en présence penche en faveur de la suspension de la décision.

1. Les moyens sérieux de Proximus susceptibles de justifier l'annulation de la Décision entreprise

21. **Rappel des principes : la notion de « moyen sérieux ».** Comme le précise la jurisprudence de la Cour, « *un moyen sera jugé suffisamment sérieux lorsqu'un premier examen succinct des éléments de fait et des arguments avancés pour soutenir un point litigieux aboutit évidemment à la conclusion que l'instance de régulation a pris une décision qui est entachée d'un vice de forme ou repose sur une erreur manifeste d'appréciation. Cet examen au provisoire, effectué sans entrer dans beaucoup de détails et ne préjugant pas du fondement des moyens, reste sans incidence sur la décision qui sera prise sur le recours en annulation* »⁴².

22. **Résumé de la position de Proximus.** En l'espèce, plusieurs moyens invoqués par Proximus sont sérieux en ce qu'ils démontrent de manière manifeste, sur la base d'un examen *prima facie*, que la Décision entreprise est entachée d'illégalités au motif que :

- Premier moyen : la mission du consultant externe de l'IBPT, qui s'inscrit dans l'objectif d'adapter les obligations réglementaires tarifaires de Proximus, est sans objet dans la mesure où une telle adaptation nécessite au préalable une nouvelle analyse de marché ;
- Deuxième moyen : la mission du consultant externe de l'IBPT est sans objet dans la mesure où le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts mis en œuvre par

⁴¹ Voir notamment Bruxelles (18^{ème} ch.), 6 novembre 2012, 2011/AR/2261 e.a., points 96 à 102 ; Bruxelles (18^{ème} ch.), 15 février 2011, 2010/AR/2003 e.a., points 37 à 43.

⁴² Bruxelles (18^{ème} ch.), 6 novembre 2012, 2011/AR/2261 e.a., point 100.

Proximus doit être effectué par un réviseur d'entreprises désigné par Proximus (et non par un consultant externe de l'IBPT) ;

- Troisième moyen : la mission d'audit et les modalités y relatives qui sont arrêtées dans la Décision entreprise violent le principe général de proportionnalité ;
- Quatrième moyen : la mission d'audit et les modalités y relatives qui sont arrêtées dans la Décision entreprise violent le droit fondamental au respect de la vie privée de Proximus ;
- Cinquième moyen : les critères d'exclusion et de sélection prévus pour choisir le consultant externe ne garantissent pas à suffisance les exigences d'indépendance et d'impartialité qu'une mission d'audit requiert.

Ces moyens sérieux sont exposés dans la présente section.

1.1. Premier moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission du consultant externe de l'IBPT, qui s'inscrit dans l'objectif d'adapter les obligations réglementaires tarifaires de Proximus, est sans objet dans la mesure où une telle adaptation nécessite au préalable une nouvelle analyse de marché

a) Rappel des principes applicables

23. La modification des obligations réglementaires imposées à un opérateur doit être fondée sur une analyse de marché. Il résulte de l'article 16.2 de la directive « cadre » que la modification des obligations réglementaires imposées à un opérateur doit être fondée sur une analyse de marché :

« 2. Lorsque (...) l'autorité réglementaire nationale est tenue de se prononcer sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée au paragraphe 1 du présent article, si un marché pertinent est effectivement concurrentiel »⁴³.

Ceci se comprend fort logiquement : l'on conçoit en effet mal qu'une obligation réglementaire puisse encore être modifiée sans se fonder sur une analyse de marché (récente) dès lors que, depuis l'adoption initiale de cette obligation, les conditions de ce marché ont pu évoluer et même aboutir à une situation de concurrence effective.

La modification d'une obligation réglementaire qui ne serait pas fondée sur une analyse de marché (récente), c'est-à-dire qui serait déconnectée des conditions réelles et actuelles de ce marché, aboutirait ainsi à une situation contraire au prescrit de l'article 8.4 de la directive « accès » qui dispose que les obligations réglementaires doivent être « *fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive* »⁴⁴.

24. Une nouvelle analyse de marché doit être effectuée si la précédente analyse de marché remonte à plus de trois années. S'il a été démontré au paragraphe précédent que la modification d'une obligation réglementaire doit être fondée sur une analyse de marché, cela ne signifie pas qu'une nouvelle analyse de marché devrait être systématiquement effectuée à chaque modification d'une obligation réglementaire.

⁴³ Proximus souligne. Pour le bon ordre, les dispositions de l'article 16 de la directive « cadre » ont été transposées en droit belge à l'article 55 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

⁴⁴ Les dispositions de l'article 8.4 de la directive « accès » ont été notamment transposées en droit belge à l'article 5 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Il ressort en effet de l'article 16.6.a de la directive « cadre » que les autorités réglementaires nationales n'ont l'obligation d'effectuer une nouvelle analyse de marché que « *dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente mesure concernant ce marché* ».

Ainsi, la modification d'une obligation réglementaire pourrait être fondée sur une précédente analyse de marché pour autant que celle-ci ne remonte pas à plus de trois années.

Si l'ancienne analyse de marché remonte à plus de trois années, une nouvelle analyse de marché serait en revanche requise (condition de fond). Dans un tel cas de figure, le projet de décision relative à la nouvelle analyse de marché devrait être soumis à consultation publique⁴⁵ ainsi qu'à la consultation préalable de l'Autorité de la concurrence⁴⁶ et de la Commission européenne⁴⁷ (conditions de forme).

25. **La pratique administrative de la Commission européenne.** Dans le cadre des observations qu'elle formule au sujet des projets de décisions qui lui sont notifiés sur la base de l'article 7 de la directive « cadre », la Commission européenne rappelle fréquemment les principes qui viennent d'être examinés aux paragraphes précédents.

Ainsi, à titre exemplatif, à l'occasion d'un projet de décision notifié en 2014 par l'autorité réglementaire italienne (AGCOM) qui visait à modifier les obligations réglementaires tarifaires imposées à l'opérateur historique sur le marché des segments terminaux de lignes louées, alors que la dernière analyse de ce marché remontait à 2009, la Commission européenne a formulé les observations critiques suivantes :

« La Commission prend note des arguments invoqués par l'AGCOM concernant la nécessité de procéder rapidement à l'adoption de la révision des remèdes de contrôle tarifaire pour le marché pertinent examiné.

Toutefois, en vertu de la directive « cadre », les autorités réglementaires nationales doivent se prononcer sur le maintien, la modification ou la suppression d'obligations imposées à des entreprises sur la base d'une analyse de marché. Conformément à l'article 16(6)a de la directive « cadre », les régulateurs doivent effectuer leurs analyses de marché dans un délai de trois ans suivant l'adoption de la précédente analyse.

La Commission note que la dernière analyse complète du marché des segments terminaux de lignes louées en Italie remonte à 2009. La Commission reconnaît certes que, suivant la réponse fournie à la demande d'informations, l'AGCOM a initié une nouvelle analyse de marché fin 2013, et que cette analyse devrait être terminée fin 2014.

Toutefois, conformément à l'article 8(4) de la directive 2002/19/CE (directive « accès »), les remèdes imposés doivent être fondés sur la nature du problème constaté, proportionnés et justifiés à la lumière des objectifs définis à l'article 8 de la directive « cadre ». Par conséquent, la Commission est préoccupée par le fait que l'AGCOM soit en train de réviser les tarifs d'un remède sur un marché sans avoir mener une analyse appropriée des conditions de marché depuis un certain temps.

⁴⁵ En droit européen : article 6 de la directive « cadre ». En droit belge : article 140 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

⁴⁶ En droit européen : article 16 de la directive « cadre ». En droit belge : article 55 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

⁴⁷ En droit européen : article 7 de la directive « cadre ». En droit belge : article 141 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

La Commission enjoint par conséquent à l'AGCOM de finaliser son processus d'analyse du marché pertinent, à revoir les mesures proposées à la lumière des résultats de l'analyse de marché, et de notifier celle-ci à la Commission européenne dès que possible »⁴⁸.

b) Application en l'espèce

26. La Décision entreprise s'inscrit dans l'objectif d'adapter les obligations réglementaires tarifaires imposées à Proximus. La Décision entreprise s'inscrit dans l'objectif d'adapter les obligations tarifaires imposées à Proximus dans le cadre des analyses des marchés large bande, à savoir plus particulièrement :

- la révision des one-time-fees et de la rental fee « ISLA Repair » et des modèles de coûts sous-jacents des offres BRUO, BROBA et WBA VDSL2 de Proximus (voir paragraphes 7 et 8 *supra*) ; et
- l'imposition d'une obligation d'orientation stricte sur les coûts pour les produits WBA VDSL2 alors que, suivant la dernière analyse des marchés large bande qui n'a pas été annulée par la Cour d'appel de Bruxelles (à savoir la Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 telle que corrigée par la Décision de réfection rétroactive du 2 septembre 2009), Proximus n'est soumise pour ces produits qu'à une obligation d'orientation sur les coûts raisonnables⁴⁹ (voir paragraphe 3 *supra*).

Dès lors que la Décision entreprise s'inscrit dans un tel objectif de modification des obligations réglementaires tarifaires de Proximus, cette modification doit être fondée sur une analyse de marché.

27. La dernière analyse des marchés large bande remonte à 2008-2009. Or, comme examiné au paragraphe 1^{er} *supra*, la dernière analyse des marchés large bande qui n'a pas été annulée par la Cour d'appel de Bruxelles est la Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 telle que corrigée par la Décision de réfection rétroactive du 2 septembre 2009.

⁴⁸ Observations de la Commission européenne du 8 mai 2014 dans l'affaire IT/2014/1588, pp. 3-4 (Proximus souligne) (traduction libre de : « *The Commission takes note of the arguments put forward by AGCOM regarding the necessity to proceed rapidly with the adoption of revised price control remedies for the relevant market under consideration. However, according to the Framework Directive NRAs shall decide on whether to maintain, amend or withdraw obligations on undertakings on the basis of a market analysis. Pursuant to Article 16(6)a of the Framework Directive, regulators should carry out their market reviews within three year periods from the adoption of the previous measure. The Commission notes that the latest full review of the market for terminating segments of leased lines in Italy dates back to 2009. The Commission acknowledges that, according to the reply to the RFI, AGCOM has started a new market review at the end of 2013, and that the review should be concluded by the end of 2014. However, according to Article 8(4) of Directive 2002/19/EC (Access Directive)10, remedies imposed shall be based on the nature of the problem identified, proportionate and justified in the light of the objectives laid down in Article 8 of the Framework Directive. Therefore, the Commission is concerned that AGCOM is reviewing prices for a remedy in a market without having conducted an appropriate assessment of the market conditions for a long period of time. The Commission therefore urges AGCOM to finalise its market review process of the relevant market, to revise the proposed measures in light of the results of the market analysis, and to notify it to the Commission as soon as possible »).*

⁴⁹ Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 (version coordonnée), p. 251 : « *En ce qui concerne VDSL et VDSL2, l'Institut décide d'imposer un prix d'accès haut débit de gros qui encourage l'investissement, notamment en s'éloignant d'un concept pur d'orientation sur les coûts pour évoluer vers un concept d'orientation sur les coûts raisonnables, combiné avec un test d'éviction par rapport à un opérateur efficace ayant construit une offre d'accès à haut débit de gros à partir du dégroupage ».*

Toutes les décisions ultérieures d'analyse des marchés large bande, à savoir la Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 et la Décision de réfection rétroactive de la CRC du 18 décembre 2014, ont été annulées par la Cour d'appel de Bruxelles⁵⁰.

Ainsi, dès lors que la dernière analyse des marchés large bande remonte à plus de trois années (en l'occurrence sept à huit années), une nouvelle analyse de ces marchés est nécessaire afin de pouvoir modifier les obligations réglementaires tarifaires imposées à Proximus, comme le confirme explicitement la pratique administrative de la Commission européenne⁵¹.

Cette nouvelle analyse de marché doit par ailleurs être menée dans le respect des procédures de consultation publique et de coopération interinstitutionnelle (consultation préalable de l'Autorité de la concurrence et de la Commission européenne) imposées par le cadre réglementaire sectoriel.

Plus l'IBPT tarde à effectuer une nouvelle analyse de marché, malgré les exhortations de la commission européenne, plus le « marché réel » sera différent du « marché analysé », moins les éventuelles obligations seront encore adaptées au « marché réel », ce qui est de nature à porter préjudice à Proximus.

28. **Absence de vérification par l'IBPT que les obligations contrôlées font actuellement encore partie des obligations imposées à Proximus.** Par ailleurs, l'IBPT ne semble pas avoir vérifié si les obligations dont il envisage un contrôle étendu font actuellement encore partie des obligations imposées à Proximus.

A cet égard, il convient notamment de tenir compte de l'arrêt de la Cour d'appel du 7 janvier 2015 (2011/AR/2599) qui a annulé la Décision BRxx 2010 ainsi que de la procédure pendante dans l'affaire BRxx 2012 (2014/AR/408) dans le cadre de laquelle l'IBPT a communiqué à la Cour et à Proximus la Décision de l'IBPT du 6 octobre 2016 portant retrait de la Décision BRxx 2012, qui a été publiée sur le site de l'IBPT le 26 octobre 2016⁵².

29. **Conclusion.** La Décision entreprise est manifestement contraire à l'article 16 de la directive « cadre » et à l'article 8.4 de la directive « accès » (transposés respectivement aux articles 55 et 5 de la loi du 13 juin 2005) dans la mesure où, alors qu'elle s'inscrit dans l'objectif d'adapter les obligations réglementaires tarifaires de Proximus, elle ne repose pas sur une analyse de marché datant de moins de trois années (la dernière analyse des marchés large bande remontant à sept à huit années). Avant de pouvoir procéder à une modification des obligations en question, l'IBPT devrait par ailleurs respecter toutes les conditions de forme nécessaires, telles que les notifications obligatoires auprès de l'Autorité de la concurrence et de la Commission européenne, ce qui en l'espèce n'a de toute façon pas été fait.

Il en résulte que la mission du consultant externe est manifestement sans objet et, partant, illégale.

Le premier moyen invoqué par Proximus est par conséquent sérieux.

⁵⁰ La Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 a été annulée par l'arrêt du 3 décembre 2014 (2011/AR/2421). La Décision de réfection rétroactive de la CRC du 18 décembre 2014 a été annulée par l'arrêt du 29 juin 2016 (2015/AR/196).

⁵¹ Voir notamment les observations de la Commission européenne du 8 mai 2014 dans l'affaire IT/2014/1588, pp. 3-4, déjà citées au paragraphe 25 *supra*.

⁵² Décision du Conseil de l'IBPT du 6 octobre 2016 portant retrait de la Décision du Conseil de l'IBPT du 10 décembre 2013 concernant la révision des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 (BRxx 2012).

1.2. Deuxième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission du consultant externe de l'IBPT est sans objet dans la mesure où le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus doit être effectué par un réviseur d'entreprises agréé désigné par Proximus (et non par un consultant externe de l'IBPT)

a) Rappel des principes applicables

30. **Introduction.** Comme cela sera démontré ci-après, tant la pratique administrative constante de l'IBPT que la législation applicable prévoient que les modèles de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus doivent être contrôlés, aux frais de cette dernière, par un réviseur d'entreprises agréé par elle (et non par un consultant externe désigné par l'IBPT).

31. **Le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts dans les analyses des marchés large bande.** Les analyses des marchés large bande prévoient que le contrôle du modèle de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus doit être effectué, non pas par un consultant externe désigné par l'IBPT, mais par un réviseur d'entreprises agréé désigné par Proximus (et aux frais de cette dernière).

La Décision du 10 janvier 2008 telle que corrigée par la Décision de réfection rétroactive du 2 septembre 2009 prévoit ainsi de manière explicite que « le respect du système de comptabilisation des coûts sera vérifié, aux frais de Belgacom, par un réviseur d'entreprises agréé, désigné par cet opérateur »⁵³.

La Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 – qui a été annulée par la Cour d'appel – consacrait également ce principe : « Le respect du système de comptabilisation des coûts sera vérifié, aux frais de Belgacom, par un réviseur d'entreprises agréé, désigné par cet opérateur »⁵⁴.

32. **Le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts dans la législation applicable.** Le principe posé dans les analyses des marchés large bande constitue en réalité un renvoi implicite au texte de l'article 62, § 4, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Cette disposition prévoit également que « lorsque le système de comptabilisation des coûts appliqué par l'Institut le rend nécessaire, le respect du système de comptabilisation des coûts est vérifié, aux frais de l'opérateur, par un réviseur d'entreprises agréé désigné par cet opérateur »⁵⁵.

33. **Le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts dans la Décision de l'IBPT du 22 août 2007.** Comme indiqué au paragraphe 3 *supra*, les conditions auxquelles les modèles de comptabilisation de coûts mis en œuvre par Proximus pour les produits large bande doivent répondre ont été définies dans la Décision de l'IBPT du 22 août 2007⁵⁶.

Le Chapitre 8 de cette décision est intitulé « *Contrôle du système de comptabilisation des coûts* ».

Se référant expressément à l'article 62, § 4, de la loi du 13 juin 2005, la Décision du 22 août 2007 prévoit ainsi que le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts mis en œuvre par

⁵³ Décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 (version coordonnée), p. 158 et p. 249 (Proximus souligne).

⁵⁴ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, points 731 et 1241 (Proximus souligne).

⁵⁵ Proximus souligne.

⁵⁶ Décision du Conseil de l'IBPT du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts.

Proximus doit être effectué par un réviseur d'entreprises agréé désigné par Proximus, et non par un consultant externe désigné par l'IBPT⁵⁷.

De manière encore plus explicite, la Décision du 22 août 2007 fixe même un calendrier annuel détaillant les différentes étapes de la procédure de contrôle des modèles de comptabilisation des coûts, dont il ressort que c'est à Proximus qu'il appartient d'élaborer le cahier des charges pour la sélection du réviseur d'entreprises et ensuite de le communiquer pour approbation à l'IBPT⁵⁸.

34. **Le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts dans les Décisions de l'IBPT attestant de la conformité du système de comptabilisation des coûts de Proximus.** Conformément à l'article 62, § 4, *in fine*, de la loi du 13 juin 2005 et au calendrier fixé dans la Décision du 22 août 2007 pour la procédure de contrôle des modèles de comptabilisation de coûts de Proximus, l'IBPT est tenu de publier chaque année une attestation de conformité de ces modèles.

Dans toutes les décisions de l'IBPT attestant de la conformité du système de comptabilisation des coûts de Proximus – à savoir la Décision du 28 janvier 2009⁵⁹, la Décision du 12 janvier 2010⁶⁰, la Décision du 7 septembre 2011⁶¹, la Décision du 8 mai 2012⁶², la Décision du 19 novembre 2013⁶³ et la Décision du 7 juillet 2014⁶⁴ – le contrôle du modèle de coûts de Proximus a été effectué par un réviseur d'entreprises agréé désigné par cette dernière, et non par un consultant externe de l'IBPT.

Chacune de ces décisions indique en effet expressément que le cahier des charges pour la sélection du réviseur a été élaboré par Proximus et que la réalisation de l'audit a été menée par un réviseur d'entreprises agréé désigné par Proximus (et non par un consultant externe désigné par l'IBPT).

b) Application en l'espèce

35. **La Décision entreprise s'inscrit dans le cadre d'un contrôle des modèles de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus.** Il ne fait nul doute que la Décision entreprise s'inscrit dans le cadre d'un contrôle des modèles de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus.

De nombreux passages de la Décision en attestent de manière explicite.

⁵⁷ Décision de l'IBPT du 22 août 2007, p. 12.

⁵⁸ Décision de l'IBPT du 22 août 2007, p. 14.

⁵⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 28 janvier 2009 concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Belgacom pour 2007.

⁶⁰ Décision du Conseil de l'IBPT du 12 janvier 2010 concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Belgacom pour 2008.

⁶¹ Décision du Conseil de l'IBPT du 7 septembre 2011 concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Belgacom pour 2009.

⁶² Décision du Conseil de l'IBPT du 8 mai 2012 concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Belgacom pour 2010.

⁶³ Décision du Conseil de l'IBPT du 19 novembre 2013 concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Belgacom pour 2011.

⁶⁴ Décision du Conseil de l'IBPT du 7 juillet 2014 concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Belgacom pour 2012.

Ainsi, rien que l'intitulé du cahier des charges indique déjà que l'appel d'offre porte sur la réalisation d'une mission d'accompagnement de l'IBPT « *dans l'exercice de son pouvoir de contrôle* » des one-time-fees et de la rental fee « ISLA Repair ».

Dans le cadre de la définition de la mission du consultant externe de l'IBPT, la Décision indique également que le consultant doit aider l'IBPT « *dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des obligations tarifaires de Proximus* » et que son rôle consiste donc à « *analyser les modèles de coûts visés ci-avant afin d'évaluer si les tâches qui le composent (et par conséquent les coûts qu'elles engendrent) sont effectivement liés à la fourniture d'une prestation efficace par Proximus. Plus précisément, le [consultant] évaluera les paramètres opérationnels d'un ensemble des tâches techniques et il analysera leur niveau d'efficacité* »⁶⁵.

La Décision précise à cet égard que le consultant externe de l'IBPT pourra effectuer son contrôle au sein des locaux de Proximus notamment en vue de détecter des éventuels manquements ou erreurs de sa part : « *Pour effectuer cet audit, le soumissionnaire disposera de données sources brutes produites par Proximus pour évaluer les paramètres opérationnels. Il interrogera ensuite cette dernière sur le processus de production de ces données sources et il pourra être amené à effectuer un contrôle ciblé dans les locaux de Proximus ou sur le terrain. (...) Lorsque les résultats de cet audit révèlent des manquements, des incohérences ou des erreurs, le soumissionnaire en précisera objectivement leur teneur et leur incidence sur le modèle de coûts* »⁶⁶.

36. **La Décision entreprise, en ce qu'elle prévoit que le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts de Proximus doit être effectué par un consultant externe désigné par l'IBPT, méconnaît la législation applicable et la pratique administrative constante de l'IBPT.** Dès lors que la Décision entreprise s'inscrit dans le cadre d'un contrôle des modèles de comptabilisation des coûts de Proximus, conformément à l'article 62, § 4, de la loi du 13 juin 2005, ce contrôle devait être réalisé par un réviseur d'entreprises agréé désigné par Proximus, et non par un consultant externe désigné par l'IBPT.

La Décision entreprise viole donc manifestement le prescrit de l'article 62, § 4, de la loi du 13 juin 2005.

La Décision entreprise s'écarte également, de manière radicale et sans apporter la moindre motivation à cet égard, de la pratique administrative constante de l'IBPT adoptée dans les analyses des marchés large bande, dans la Décision du 22 août 2007 ainsi que dans chacune des Décisions annuelles attestant de la conformité du système de comptabilisation des coûts de Proximus, et procède dès lors d'une violation du principe *Patere legem quam ipse fecisti*⁶⁷ et du principe de légitime confiance⁶⁸.

⁶⁵ Décision entreprise, p. 27.

⁶⁶ Décision entreprise, p. 29.

⁶⁷ Cette maxime peut se traduire par « *Souffre la loi que tu as toi-même faite* ». Le principe *Patere legem quam ipse fecisti* est élevé au rang de principe général de droit par le Conseil d'Etat (voir notamment C.E., 13 janvier 1982, n° 21.888 ; C.E., 13 août 2004, n° 134.301 ; C.E., 3 avril 2006, n° 157.283).

⁶⁸ Voir notamment Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, 1992, p. 405 : « *les principes de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique ; que le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d'administration ; qu'il s'ensuit qu'en principe, les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen* » ; voir également Cass., 14 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 352 : « *Les principes généraux de bonne administration impliquent le droit à la sécurité juridique ; cela implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance aux services publics et doit*

37. **Conclusion.** La Décision entreprise est manifestement contraire à l'article 62, § 4, de la loi du 13 juin 2005 ainsi qu'à la pratique administrative constante de l'IBPT dans la mesure où elle prévoit que le contrôle des modèles de comptabilisation des coûts de Proximus doit être effectué par un consultant externe de l'IBPT alors qu'un tel contrôle devrait être effectué par un réviseur d'entreprises agréé désigné par Proximus.

Il en résulte que la mission du consultant externe de l'IBPT est manifestement sans objet et, partant, illégale.

Le deuxième moyen invoqué par Proximus est par conséquent sérieux.

1.3. Troisième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission d'audit et les modalités de celle-ci violent le principe général de proportionnalité

38. **Introduction.** Dans les développements qui suivent, Proximus démontrera que – en permettant au consultant externe chargé de l'audit d'effectuer un contrôle et de recueillir des informations dans les installations de Proximus en mettant en œuvre des mesures qui s'assimilent à des mesures de perquisition ou de saisie – l'IBPT a violé de manière manifeste le principe général de droit administratif de la proportionnalité qui s'impose à lui dans le cadre de l'exercice de ses compétences.

La présente section se divise en deux parties : (1) Proximus précisera tout d'abord la portée du principe général de proportionnalité dans le cadre des instruments réglementaires applicables en matière d'orientation sur les coûts et de comptabilisation des coûts ; (2) Proximus tirera toutes les implications de son analyse dans le cas d'espèce et démontrera en quoi l'IBPT viole de manière manifeste le principe général de proportionnalité en imposant des mesures excessivement contraignantes à l'égard de Proximus dans la Décision entreprise.

a) Rappel des principes applicables

39. **La portée générale du principe de proportionnalité.** L'IBPT est tenu de respecter le principe général de la proportionnalité dans le cadre de l'exercice de ses compétences. Les mesures qu'il adopte doivent ainsi toujours être nécessaires et proportionnées au regard des objectifs qui les justifient.

Cette obligation générale résulte notamment de l'article 8 de la Directive « accès » relatif à l'imposition, modification ou suppression des obligations par les autorités réglementaires nationales. L'article 8.4 de cette Directive est en effet formulé comme suit :

« Les obligations imposées conformément au présent article sont fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») »⁶⁹.

En droit national, l'obligation générale de proportionnalité est imposée à l'IBPT à l'article 5 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, qui est formulé comme suit :

« Dans le cadre de l'exercice de ses compétences, l'Institut prend toutes les mesures adéquates afin de réaliser les objectifs définis aux articles 6 à 8 [de la même loi]. Ces mesures sont basées sur la nature des problèmes constatés, sont appliquées

pouvoir être assuré qu'ils respectent des règles et poursuivent une politique constante qui n'est pas susceptible d'une interprétation différente par le citoyen ».

⁶⁹ Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, article 8.4 (Proximus souligne).

proportionnellement et justifiées. Elles doivent être proportionnelles à ces objectifs, et respecter les principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de neutralité technologique »⁷⁰.

Comme cela ressort des travaux préparatoires de la loi relative aux communications électroniques, le respect du principe de proportionnalité implique ainsi, de manière plus spécifique, que la mesure mise en œuvre par l'IBPT soit orientée vers la réalisation d'un des objectifs légitimes visés dans la loi relative aux communications électroniques et que les moyens utilisés soient le moins préjudiciables possibles et se limitent au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif visé⁷¹.

40. **La portée spécifique du principe de proportionnalité.** De manière spécifique, l'exigence générale de proportionnalité s'impose notamment à l'IBPT dans le cadre de la mise en œuvre des remèdes qu'il impose à Proximus en application de l'article 62 de la loi relative aux communications électroniques et, en particulier, en ce qui concerne les obligations d'orientation des prix sur les coûts et de mise en œuvre d'un système de comptabilisation des coûts qui y sont visées.

Il ressort ainsi explicitement de l'article 8.4 de la Directive « accès » que l'exigence de proportionnalité s'applique de manière transversale aux mesures des autorités réglementaires nationales concernant l'ensemble des obligations visées dans la même disposition et, en particulier, les obligations d'orientation des prix en fonction des coûts et de comptabilisation des coûts⁷².

En conséquence, l'IBPT avance par exemple une série d'arguments à l'occasion des différentes décisions d'analyse de marché qu'il a adoptées en vue de justifier le respect de l'exigence de proportionnalité dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation d'orientation des prix sur les coûts. Dans la Décision d'analyse de marché du 10 janvier 2008 telle que corrigée par la Décision du 2 septembre 2009, l'IBPT développe ainsi les raisons qui le pousse à soutenir que le maintien de l'obligation d'orientation des prix sur les coûts est *nécessaire*⁷³.

L'IBPT a également développé à l'occasion des analyses de marchés des arguments en vue de justifier en quoi l'imposition d'une obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts lui semblait *nécessaire* au regard des objectifs du cadre réglementaire sectoriel et, en particulier, au regard de la nécessité d'assurer le respect des obligations en matière de

⁷⁰ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, article 5 (Proximus souligne).

⁷¹ Voir l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux communications électroniques (session 2004-2005, Chambre, doc. 51, 1425/001, 1426/001, p. 41) : « [i]l ressort de l'article 5 que la mesure imposée doit être justifiée à la lumière des objectifs généraux prévus aux articles 6 à 8 de la loi et doit être proportionnelle à la réalisation de ceux-ci, c'est-à-dire que l'action de l'Institut doit être orientée vers un objectif légitime et que les moyens utilisés pour l'atteindre sont non seulement nécessaires mais doivent également être le moins préjudiciables possibles (en d'autres mots, la mesure imposée doit se limiter au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif visé) ».

⁷² L'article 8 de la Directive « accès » porte en effet sur l'imposition, la modification ou la suppression des obligations visées aux articles 9 à 13bis de la même Directive. L'exigence de proportionnalité qui résulte de l'article 8.4 de la Directive « accès » doit donc bien être respectée dans le cadre de l'imposition des obligations visées à l'article 13 de la Directive, c'est-à-dire, en particulier, des obligations d'orientation des prix sur les coûts et de mise en œuvre d'un système de comptabilisation des coûts.

⁷³ Selon lui, à défaut d'une telle obligation, Proximus pourrait ainsi être incitée à augmenter les prix de l'accès à un débit binaire et les opérateurs alternatifs pourraient dès lors être contraints de s'orienter vers d'autres offres que l'accès à un débit binaire, telles que l'offre de revente ou le dégroupage (Décision de réfection du 2 septembre 2009 visant à corriger la Décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande, pp. 88-89).

récupération des coûts et de contrôle des prix d'accès ou le respect des obligations de non-discrimination⁷⁴.

L'exigence de proportionnalité s'impose également à l'IBPT dans le cadre de la détermination des modalités spécifiques de mise en œuvre de l'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts.

Le Conseil de la concurrence (actuellement, Autorité de la concurrence) a eu l'occasion de le souligner dans ses observations du 8 juin 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts et y précise par ailleurs selon quelles modalités spécifiques l'exigence de proportionnalité doit être appliquée :

« Le Conseil estime que pour assurer le respect du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre du remède [c'est-à-dire de l'obligation de comptabilisation des coûts], en particulier au niveau de la détermination du niveau de granularité [des actifs], il faut mettre les bénéfices attendus en balance avec les coûts de sa mise en œuvre » ;

« Pour s'assurer que le principe de la proportionnalité est respecté, il semble approprié, en fonction de l'objectif recherché, de spécifier les choix méthodologiques ainsi que le niveau de granularité qui garantissent que la mise en œuvre de cette comptabilisation des coûts est un moyen efficient d'atteindre l'objectif recherché »⁷⁵.

L'IBPT est donc notamment tenu de respecter l'exigence de proportionnalité dans le cadre des mesures qu'il est susceptible d'adopter en vue de contrôler – le cas échéant, par l'intermédiaire d'un consultant externe chargé d'effectuer un audit – le système de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus.

L'IBPT devra ainsi par exemple s'assurer que les mesures de collecte d'informations auprès des entreprises concernées qu'il pourrait adopter sont proportionnées par rapport à l'objectif de contrôle en matière de comptabilisation des coûts :

- De manière générale, le respect de l'exigence de proportionnalité dans le cadre des mesures de collecte d'informations susceptibles d'être adoptées par l'IBPT est imposé par le cadre réglementaire européen.

Il ressort ainsi notamment de l'article 5.1 de la Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (Directive « cadre ») que « [I]es informations demandées par l'autorité réglementaire nationale sont proportionnées à ses besoins pour l'accomplissement de cette tâche »⁷⁶ ;

- Dans une position commune qu'il a adopté en vue de mettre en œuvre la Recommandation de la Commission du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, le *European Regulators Group* ou ERG (actuellement, *Body of European Regulators for Electronic Communications* ou BEREC)

⁷⁴ Voir notamment les points 1242 et 1243 de la Décision de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, actuellement annulée.

⁷⁵ Avis du Conseil de la concurrence du 8 juin 2007 relatif au projet de décision du Conseil de l'IBPT du 9 mai 2007 modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13 et observations du Conseil de la concurrence du 8 juin 2007 relatives à la communication du projet de décision du Conseil de l'IBPT du 4 avril 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts, p. 6 (Proximus souligne).

⁷⁶ Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, article 5.1 (Proximus souligne).

a également confirmé que toute demande d'informations auprès des entreprises concernées émanant des autorités réglementaires nationales devait être proportionnée à l'exercice de la tâche visant à assurer la conformité avec les dispositions des directives concernant la comptabilisation des coûts⁷⁷.

41. **La Décision de l'IBPT du 22 août 2007.** La Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts contient une série d'indications quant aux types de mesures que l'IBPT est susceptible d'adopter en vue de contrôler le système de comptabilisation des coûts mis en œuvre par Proximus et, en particulier, quant aux modalités de collecte des informations *nécessaires* en vue d'opérer un contrôle efficace du système de comptabilisation des coûts.

Il en ressort que Proximus est tenue de communiquer régulièrement à l'IBPT une série d'informations en vue de permettre un contrôle efficace du système de comptabilisation des coûts qu'elle met en œuvre. Elle doit ainsi préparer et mettre à disposition de l'IBPT une documentation qui permette d'évaluer la pertinence du système de comptabilisation des coûts au regard des principes énoncés aux sections 6.1 et 6.2 de la Décision du 22 août 2007 et des obligations incombant à Proximus en vertu de décisions de l'IBPT.

Les principes de base énoncés aux sections 6.1 et 6.2 de la Décision du 22 août 2007 – qui doivent être respectés par Proximus dans le cadre du développement et de la gestion de son système de comptabilisation des coûts – sont les suivants :

- Des principes d'ordre méthodologique⁷⁸ : le système de comptabilisation des coûts mis en place par Proximus doit respecter des principes de *causalité*⁷⁹, d'*objectivité*⁸⁰, de *consistance*⁸¹ et de *transparence*⁸² ;
- Des principes liés à la qualité des informations⁸³ : les informations utilisées par le système et les informations qui en sont extraites doivent être *pertinentes*⁸⁴, *fiabiles*⁸⁵, *comparables*⁸⁶, *matérielles*⁸⁷ et *vérifiables*⁸⁸.

⁷⁷ ERG, Common Position : Guidelines for implementing the Commission Recommendation C (2005) 3480 on Accounting Separation & Cost Accounting Systems under the regulatory framework for electronic communications, p. 33.

⁷⁸ Ces principes sont détaillés à la section 6.1 de la Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts.

⁷⁹ Le principe de causalité implique que les coûts doivent être alloués, directement ou indirectement, aux services qui sont la « cause » de ces coûts.

⁸⁰ Le principe d'objectivité implique que l'allocation des coûts doit être objective et ne pas induire d'avantages ou de désavantages pour Proximus ou pour certains produits, services ou éléments de réseau.

⁸¹ Le principe de consistance implique que les règles de répartition doivent présenter un certain degré de comparabilité d'année en année.

⁸² Le principe de transparence implique que le système de comptabilisation des coûts doit faire l'objet d'une documentation suffisamment détaillée et complète de la part de Proximus, susceptible d'être publiée – dans une version non confidentielle – par l'IBPT.

⁸³ Ces principes sont détaillés à la section 6.2 de la Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts.

⁸⁴ Ces informations doivent être utiles pour le processus de décision de l'IBPT et suffisamment récentes pour être utiles.

⁸⁵ Ces informations doivent être complètes, exemptes d'erreurs matérielles et de biais systématiques et donner une image fidèle de la réalité.

⁸⁶ Ces informations doivent permettre de mettre en évidence les tendances et les différences au fil du temps.

La documentation que Proximus est tenue de fournir régulièrement à l'IBPT contient un volume important d'informations et doit notamment comprendre les éléments suivants⁸⁹ :

- Un organigramme de la société, illustrant et décrivant en particulier les départements et divisions impliqués dans la production de produits et services appartenant aux marchés sur lesquels Proximus dispose d'une *puissance significative* (PSM) ;
- Une description des réseaux de communications électroniques pertinents pour les marchés sur lesquels Proximus a été désignée PSM ;
- La définition du périmètre des coûts et des recettes traités dans le système de comptabilisation des coûts ;
- L'identification et la description des principales bases de données dans lesquelles sont enregistrées les informations de base (par exemple les coûts et les volumes) ;
- Une synthèse des méthodologies d'allocation des coûts, rendant la cascade des allocations successives clairement compréhensible ;
- Les règles de valorisation des actifs à leur coût actuel ; et
- L'identification et la description des méthodes d'amortissement.

Conformément à la section 6.3.3 de la Décision du 22 août 2007, Proximus est également tenue d'identifier annuellement les principaux changements apportés au modèle de comptabilisation des coûts par rapport à l'année antérieure.

Depuis l'adoption de la Décision du 22 août 2007, Proximus s'est toujours conformée aux obligations de communication d'informations qui lui ont été imposées par l'IBPT et a ainsi fait parvenir à l'Institut, sur une base annuelle, l'ensemble de la documentation visée ci-dessus⁹⁰.

De manière générale, il ressort de la Décision du 22 août 2007 que l'IBPT juge la communication de la documentation susmentionnée *nécessaire et proportionnée* au regard de l'objectif d'opérer un contrôle efficace du système de comptabilisation des coûts mis en place par Proximus⁹¹.

Dans ce contexte, l'IBPT précise par ailleurs que « [l']existence d'une documentation complète est également de nature à permettre un audit efficace »⁹², ce qui laisse clairement entendre que les informations communiquées par Proximus sont suffisantes en vue de mettre en œuvre une mesure

⁸⁷ Une information est matérielle si son omission ou une présentation inexacte de celle-ci influencerait raisonnablement l'interprétation des résultats ou les décisions à prendre sur la base du système de comptabilisation des coûts.

⁸⁸ Ces informations doivent pouvoir être suivies et réconciliées entre elles au travers du processus d'allocation, depuis les données sources jusqu'au résultat final. Les données nécessaires doivent également être conservées pour permettre le contrôle du système de comptabilisation des coûts.

⁸⁹ Voir les sections 6.3.1, 6.3.2 et 7 de la Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts.

⁹⁰ Cela ressort clairement des différentes décisions adoptées par l'IBPT concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Proximus (voir notamment les décisions de l'IBPT du 28 janvier 2009, du 12 janvier 2010, du 7 septembre 2011, du 8 mai 2012, du 19 novembre 2013 et du 7 juillet 2014). Dans chacune de ces décisions, l'IBPT constate que le contenu de la documentation fournie par Proximus est conforme aux prescriptions des sections 6.3 (règles à suivre et documentation à préparer) et 7 (description du système de comptabilisation des coûts) de la Décision du 22 août 2007.

⁹¹ Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts, pp. 9 et 10.

⁹² Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts, pp. 9 et 10.

d'audit et qu'il n'est donc pas nécessaire de prévoir des mesures additionnelles plus contraignantes à son égard.

Enfin, la Décision du 22 août 2007 contient certaines indications en vue de préciser le type de mesures que l'IBPT est susceptible d'adopter lorsqu'il entend – comme dans le cas d'espèce – faire application de l'article 62, § 2, alinéa 3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et utiliser des méthodes de comptabilisation et de calcul des coûts distinctes de celles appliquées par l'opérateur en vue de déterminer les coûts liés à la fourniture d'une prestation efficace⁹³.

L'IBPT précise tout d'abord que les éventuelles modifications qu'il est susceptible d'apporter à la méthodologie de comptabilisation des coûts ont pour objectif d'assurer le respect des principes de base susmentionnés énoncés aux sections 6.1 et 6.2 de la Décision du 22 août 2007⁹⁴. Il ajoute par ailleurs que les modifications exigées peuvent résulter soit de l'audit par un réviseur d'entreprises, soit de ses propres investigations.

Dans le respect du principe de proportionnalité, l'IBPT laisse en outre clairement entendre qu'il vérifiera le respect des principes de base visés aux sections 6.1 et 6.2 de la Décision du 22 août 2007 – et procédera donc à des éventuelles modifications de la méthodologie de comptabilisation des coûts – uniquement sur la base des informations communiquées par Proximus :

- Il précise en effet que les règles appliquées par Proximus dans le système de comptabilisation des coûts doivent être incluses dans la documentation communiquée par Proximus, avec un niveau de détail suffisant pour permettre la vérification du respect des principes de base ;
- En cas de nécessité, l'IBPT ajoute qu'il pourra également formuler, le cas échéant, des demandes d'informations supplémentaires auprès de Proximus, conformément à l'article 14, § 2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges (loi IBPT-statut) et à l'article 137 de la loi du 13 juin 2005.

L'IBPT ne prévoit donc la mise en œuvre d'aucun autre type de mesure en vue de contrôler le système de comptabilisation des coûts de Proximus – le cas échéant, par l'intermédiaire d'un réviseur d'entreprises chargé d'un audit – et de procéder à d'éventuelles modifications de ce système de comptabilisation des coûts. Aucune mesure de contrôle ou de collecte d'informations au sein des installations de Proximus – qui serait en tout état de cause manifestement disproportionnée au regard de l'objectif de contrôle du système de comptabilisation des coûts de Proximus, comme cela sera démontré dans les développements qui suivent – n'est mentionnée dans la Décision du 22 août 2007.

b) Application en l'espèce

42. **La Décision entreprise.** Il ressort de la Décision entreprise que l'IBPT entend autoriser le consultant externe à mobiliser, de manière particulièrement étendue, trois principaux canaux d'informations en vue d'effectuer l'audit du système de comptabilisation des coûts de Proximus :

- Les informations issues des données communiquées par Proximus : il est ainsi prévu que les données sources brutes produites par Proximus pour évaluer les paramètres

⁹³ Voir la section 6.4 de la Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts.

⁹⁴ Pour rappel, il s'agit des principes de *causalité*, d'*objectivité*, de *consistance* et de *transparence* ainsi que des exigences liées à la qualité de l'information, à savoir les exigences de *pertinence*, de *fiabilité*, de *comparabilité*, de *matérialité* et de *vérifiabilité*.

opérationnels⁹⁵ et communiquées à l'IBPT soient mises à disposition du consultant externe. Ce dernier pourra par ailleurs collecter des informations additionnelles par demande auprès de Proximus⁹⁶ ;

- Les informations tirées de ses entretiens avec Proximus : il ressort de la Décision entreprise que le consultant externe pourra par exemple interroger Proximus sur le processus de production des données sources qu'elle a communiquées ou pour évaluer l'ensemble des informations utiles disponibles dans les bases de données de Proximus ou sur le terrain⁹⁷ ;
- Les informations collectées par constatations sur le terrain ou dans les locaux de Proximus : le consultant externe est autorisé à effectuer un contrôle ciblé dans les locaux de Proximus ou sur le terrain, par exemple en suivant les équipes techniques de Proximus. Il peut également collecter les informations utiles disponibles dans les bases de données de Proximus ou sur le terrain ou formalisées dans des conventions⁹⁸ par constatations ponctuelles sur le terrain ou dans les locaux de Proximus⁹⁹.

D'un point de vue plus qualitatif, le type d'informations qui pourront être collectées par le consultant externe – en particulier dans le cadre de contrôles dans les locaux de Proximus – est défini de manière particulièrement large et ouverte dans la Décision entreprise. Le consultant externe peut être amené à collecter toute information *utile* en vue d'évaluer les paramètres opérationnels et de contrôler le niveau d'efficacité des tâches qui composent les modèles de coûts mis en place¹⁰⁰.

A titre illustratif, le consultant externe pourra ainsi collecter – par le biais des différents canaux identifiés ci-dessus – un nombre important d'informations, de nature variée et pas nécessairement en lien avec les modèles de coûts mis en place¹⁰¹, telles que :

- Des informations numériques sur les coûts de Proximus, par exemple en vue de contrôler que le modèle de coûts prend uniquement en compte les coûts *pertinents*¹⁰² ;
- Des informations sur le type de ressource effectivement utilisé, par exemple en vue de déterminer si le niveau de qualification de la ressource est en adéquation avec le type de tâche qui lui est affecté¹⁰³ ;
- Des informations sur le taux d'occupation effectif des ressources humaines, par exemple en vue de contrôler si le niveau d'occupation des ressources humaines est satisfaisant¹⁰⁴ ;

⁹⁵ Les paramètres opérationnels renvoient à l'ensemble des paramètres pris en considération en vue de mesurer le niveau de coûts associé à une tâche spécifique. Il s'agit par exemple de paramètres tels que le type de ressource mobilisé, la durée d'exécution de la tâche ou le taux d'exécution (ou de survenance) de cette tâche (Décision entreprise, pp. 25 et 26).

⁹⁶ Décision entreprise, p. 29.

⁹⁷ Décision entreprise, pp. 29 et 30.

⁹⁸ Il est prévu que le consultant externe puisse ainsi avoir accès, de manière particulièrement étendue, aux conventions internes de Proximus, notamment entre ses différentes divisions opérationnelles, ou aux conventions externes, notamment celles entre Proximus et ses sous-traitants (Décision entreprise, p. 30).

⁹⁹ Décision entreprise, pp. 20, 29 et 30.

¹⁰⁰ Voir la formulation particulièrement large employée aux pages 29 et 30 de la Décision entreprise.

¹⁰¹ Par exemple, les modèles de coûts relatifs aux redevances uniques visent essentiellement à déterminer les coûts de validation, exécution et clôture d'un ordre de travail spécifique assigné à un technicien et sont donc généralement indépendants de la taille des équipes.

¹⁰² Décision entreprise, p. 29.

¹⁰³ Décision entreprise, p. 30.

- Des informations sur la taille des équipes, par exemple en vue de déterminer si les équipes allouées pour effectuer les différentes tâches sont dimensionnées de façon efficace¹⁰⁵ ;
- Des informations sur la durée des tâches, par exemple en vue d'évaluer si la durée des tâches est effectivement celle qui peut être attendue d'un opérateur efficace¹⁰⁶.

Le consultant externe pourra par ailleurs contrôler la pertinence des informations qu'il collectera en allant jusqu'à pouvoir comparer les différents paramètres de contrôle entre les équipes de Proximus affectées aux produits de gros visés dans la Décision entreprise et les équipes de ses sous-traitants effectuant les mêmes interventions et / ou des interventions analogues ou entre les équipes de Proximus affectées aux produits de gros visés dans la Décision entreprise *et les autres équipes de Proximus réalisant des tâches analogues* (notamment dans le cadre des produits de détail et d'autres produits de gros)¹⁰⁷.

Ce niveau de contrôle est à nouveau particulièrement étendu et implique que le consultant externe ait un accès particulièrement large aux installations de Proximus, en vue notamment de pouvoir suivre les différentes équipes de Proximus sur le terrain pendant le laps de temps nécessaire afin de procéder aux vérifications¹⁰⁸.

Ainsi, les mesures de contrôle susceptibles d'être mises en œuvre par le consultant externe s'apparentent plutôt – voire sont identiques – à des mesures de saisie ou de perquisition au sens de l'article 25 de la loi IBPT-statut, sans respecter toutefois les conditions formelles et autres conditions imposées par la loi.

43. **Analyse au regard de l'exigence de proportionnalité.** Au vu du caractère particulièrement étendu des mesures de contrôle que le consultant externe est autorisé à mettre en œuvre conformément à la Décision entreprise, il est manifeste que l'IBPT n'a absolument pas respecté le principe général de proportionnalité dans le cadre de l'exercice de sa compétence de contrôle et de révision de la méthodologie de comptabilisation des coûts mise en place par Proximus.

De manière générale, il convient tout d'abord de souligner que l'IBPT ne fournit aucune justification, dans la Décision entreprise, en vue de démontrer qu'il serait nécessaire et proportionné, par rapport à l'objectif de contrôle et de révision du système de comptabilisation de coûts mis en place par Proximus, de permettre au consultant externe de pouvoir mettre en œuvre un nombre aussi étendu de mesures en vue de collecter des informations et, en particulier, de pouvoir collecter ces informations et effectuer un contrôle sur le terrain et au sein des installations de Proximus.

L'IBPT ne tente même pas de mettre en balance l'objectif de contrôler et de réviser la méthodologie de comptabilisation des coûts avec les atteintes évidentes aux droits les plus fondamentaux de Proximus et, en particulier, à son droit à la vie privée et à sa liberté d'entreprendre et de prestation de service, ce qui suffit à devoir constater la violation du principe général de proportionnalité qui s'impose à l'IBPT dans l'exercice de ses compétences¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Décision entreprise, p. 30.

¹⁰⁵ Décision entreprise, p. 30.

¹⁰⁶ Décision entreprise, p. 30.

¹⁰⁷ Décision entreprise, p. 30.

¹⁰⁸ Il convient à cet égard de préciser qu'il ressort de la Décision entreprise que le consultant externe pourra se rendre dans les locaux de Proximus et suivre les équipes techniques de Proximus sur le terrain pendant une période pouvant aller jusqu'à 15 jours ouvrables (Décision entreprise, p. 20).

¹⁰⁹ La question de l'atteinte à la vie privée de Proximus sera analysée de manière plus approfondie dans le cadre des développements qui suivent (voir, en particulier, le paragraphe 45 *infra*).

En tout état de cause, il est manifeste que les mesures de contrôle susceptibles d'être mises en œuvre par le consultant externe, telles qu'elles sont identifiées dans la Décision entreprise, ne se limitent clairement pas au minimum *nécessaire* pour atteindre les objectifs visés¹¹⁰ et aboutissent de ce fait à devoir constater une violation évidente du principe général de proportionnalité dans le chef de l'IBPT.

Ce constat ressort notamment des éléments suivants :

- D'un point de vue matériel, les missions de contrôle et d'analyse confiées par l'IBPT au consultant externe peuvent en tout état de cause toutes être réalisées et atteindre leur objectif sans qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre des mesures de contrôle et de collecte d'informations par constatations sur le terrain ou dans les locaux de Proximus.

Comme cela a déjà été précisé, l'IBPT met en effet à disposition du consultant externe d'autres canaux d'information. Il prévoit ainsi par exemple que le consultant externe pourra interroger Proximus et, le cas échéant, demander la production d'informations additionnelles nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

Les données sources brutes produites par Proximus et communiquées à l'IBPT constituent à cet égard une base solide en vue de procéder à l'évaluation des paramètres opérationnels et au contrôle de l'efficacité des prestations. En cas de nécessité, toute information additionnelle (par exemple, sur des questions plus ponctuelles et spécifiques, telles que celles visées à la page 30 de la Décision entreprise) pourra, le cas échéant, être communiquée par Proximus, sans que la mise en œuvre de contrôles sur le terrain ou au sein des installations de Proximus ne soit nécessaire.

Il conviendra toutefois que la nécessité d'obtenir l'information additionnelle sollicitée par rapport aux objectifs de contrôle et de révision de la méthodologie de comptabilisation des coûts soit, à chaque fois, démontrée de manière spécifique et concrète ;

- En permettant au consultant externe de pouvoir accéder aux installations de Proximus en vue de poursuivre ses missions, l'IBPT s'écarte par ailleurs de manière manifeste des lignes directrices qu'il a lui-même établie dans la Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts.

Comme cela a déjà été précisé, l'IBPT y laissait en effet clairement entendre que la production par Proximus de la documentation contenant les informations visées aux sections 6.3.1 à 6.3.3 et 7 de la Décision – c'est-à-dire un volume déjà très important d'informations – était suffisante en vue de mettre en œuvre une mesure d'audit et qu'il n'était donc pas nécessaire de prévoir des mesures additionnelles plus contraignantes à l'égard de Proximus.

Comme cela a également déjà été précisé, il ne ressort en outre pas de la Décision du 22 août 2007 que l'IBPT pourrait – lorsqu'il entend, comme dans le cas d'espèce, faire application de l'article 62, § 2, alinéa 3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et réviser la méthodologie de comptabilisation des coûts mise en place par Proximus – mettre en œuvre des mesures de contrôle ou de collecte d'informations autres que celles qui sont visées dans la Décision du 22 août 2007, à savoir un contrôle sur la base de la documentation préparée par Proximus ou, le cas échéant, des

¹¹⁰ Proximus rappelle que la mise en œuvre du test de proportionnalité implique de vérifier que les moyens utilisés dans le cadre de la mesure adoptée par l'IBPT sont le moins préjudiciables possibles à l'égard de l'entreprise concernée et se limitent au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif visé (voir notamment : Exposé des motifs du projet de loi relatif aux communications électroniques, session 2004-2005, Chambre, doc. 51, 1425/001, 1426/001, p. 41).

informations communiquées par Proximus à la suite de demandes d'informations supplémentaires de la part de l'IBPT¹¹¹.

A cet égard, il est par ailleurs étrange de constater que l'IBPT ne se réfère absolument pas, dans la Décision entreprise, aux principes de base énoncés aux sections 6.1 et 6.2 de la Décision du 22 août 2007¹¹² en vue de baliser les missions de contrôle et d'analyse qu'il entend confier au consultant externe, alors qu'une révision du modèle de comptabilisation des coûts doit toujours avoir comme objectif d'assurer le respect de ces principes¹¹³. Les objectifs d'ordre méthodologique poursuivis dans le cadre des missions confiées au consultant externe sont ainsi définis dans des termes bien trop généraux et vagues, ce qui laisse à nouveau la place à d'éventuels abus ;

- Le caractère manifestement disproportionné des mesures de contrôle envisagées par l'IBPT dans la Décision entreprise ressort également du fait que l'Institut a confirmé – dans sa pratique décisionnelle antérieure¹¹⁴ – qu'il a toujours pu exercer un contrôle efficace du système de comptabilisation des coûts mis en place par Proximus dans le passé, et ce alors même que ce contrôle était uniquement effectué sur la base de la documentation communiquée par Proximus conformément à la Décision du 22 août 2007 et sur la base du rapport d'audit établi par un réviseur d'entreprises agréé sur la base de la procédure visée à l'article 62, § 4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹¹⁵.

A ces occasions, l'IBPT n'a jamais jugé nécessaire de procéder à des mesures de contrôle supplémentaires¹¹⁶, ce qui montre bien que son pouvoir de contrôle – et, le cas échéant, de révision de la méthodologie de comptabilisation des coûts – peut être exercé de manière tout à fait efficace sur la base des informations communiquées par Proximus.

En conclusion, il ressort de l'ensemble de ces considérations que les dispositions de la Décision entreprise relative à l'étendue de la mission d'audit du consultant externe violent de manière

¹¹¹ Voir ce qui a été dit sur cette question au paragraphe 41 *supra* ainsi que les développements contenus à la section 6.4 de la Décision du 22 août 2007.

¹¹² Comme déjà indiqué, il s'agit des principes de *causalité*, d'*objectivité*, de *consistance* et de *transparence* ainsi que des exigences liées à la qualité de l'information, à savoir les exigences de *pertinence*, de *fiabilité*, de *comparabilité*, de *matérialité* et de *vérifiabilité*.

¹¹³ Comme déjà précisé, ce constat ressort clairement de la section 6.4 de la Décision du 22 août 2007, qui porte précisément sur la procédure de révision du modèle de coûts visée à l'article 62, § 2, alinéa 3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

¹¹⁴ Voir les décisions de l'IBPT concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Proximus (notamment les décisions de l'IBPT du 28 janvier 2009, du 12 janvier 2010, du 7 septembre 2011, du 8 mai 2012, du 19 novembre 2013 et du 7 juillet 2014).

¹¹⁵ Comme cela a déjà été précisé, la procédure d'audit visée à l'article 62, § 4 de la loi du 13 juin 2005 est celle par laquelle Proximus est tenue de désigner un réviseur d'entreprises agréé, sélectionné sur la base d'un cahier des charges publié par Proximus, en vue de procéder au contrôle du système de comptabilisation des coûts mis en place par Proximus. Comme cela résulte des développements contenus au deuxième moyen, cette procédure aurait d'ailleurs dû également être suivie par l'IBPT dans le cas d'espèce.

¹¹⁶ Dans le cadre des différentes décisions qu'il a adoptées concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Proximus, l'IBPT a en effet toujours conclu – sur la base de la documentation préparée par Proximus et du rapport d'audit – que le système de comptabilisation des coûts de Proximus satisfaisait, dans tous les aspects matériels, au cadre légal constitué par la loi du 13 juin 2005 et la Décision du 22 août 2007 (voir notamment : décisions de l'IBPT du 28 janvier 2009 (p. 5), du 12 janvier 2010 (p. 5), du 7 septembre 2011 (p. 5), du 8 mai 2012 (p. 5), du 19 novembre 2013 (p. 5) et du 7 juillet 2014 (p. 5)).

manifeste le principe général de proportionnalité qui s'impose à l'IBPT dans l'exercice de ses compétences¹¹⁷.

Le troisième moyen invoqué par Proximus doit par conséquent être considéré comme sérieux en ce qu'il fait apparaître *prima facie* l'illégalité de la Décision entreprise.

1.4. Quatrième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que la mission d'audit et les modalités de celle-ci violent le droit fondamental au respect de la vie privée de Proximus

44. **Introduction.** Des mesures prévoyant la possibilité pour un consultant externe d'effectuer des contrôles et de collecter des informations au sein des locaux d'une société commerciale – telles que celles qui se retrouvent dans la Décision entreprise – sont clairement de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile de cette société, tel que protégé par l'article 22 de la Constitution, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

De telles mesures sont en effet susceptibles de s'analyser comme des ingérences dans la vie privée et le domicile d'une société commerciale et aboutissent de ce fait à méconnaître l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – ou l'article 22 de la Constitution – sauf si, conformément au prescrit de l'article 8 et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette ingérence est prévue par la loi, poursuit un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 8 et est nécessaire dans une société démocratique pour les atteindre.

En d'autres termes, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 22 de la Constitution exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée d'une société commerciale soit prévue par une disposition législative suffisamment précise et qu'elle corresponde à un besoin social impérieux, c'est-à-dire qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi¹¹⁸.

Dans les développements qui suivent, Proximus approfondira les différentes notions identifiées ci-avant et démontrera (1) que les dispositions de la Décision entreprise relatives à l'étendue de la mission du consultant externe constituent des ingérences indiscutables dans sa vie privée, (2) que ces dispositions violent de manière manifeste l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la mesure où les atteintes à la vie privée qu'elles occasionnent ne sont pas prévues par la loi et (3) que ces ingérences ne sont en tout état de cause pas proportionnées par rapport à l'objectif poursuivi par l'IBPT.

a) Quant à l'atteinte à la vie privée de Proximus

45. **Rappel des principes applicables.** Il n'est plus contesté par la Cour européenne des droits de l'homme que les droits reconnus au titre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme sont susceptibles de bénéficier également aux sociétés commerciales.

¹¹⁷ Il n'existe aucune raison valable pour permettre à un consultant externe de mettre en œuvre des mesures de contrôle qui s'apparentent plutôt – voire sont identiques – à des mesures de perquisition ou de saisie au sens de l'article 25 de la loi IBPT-statut, sans en respecter les conditions formelles et autres conditions imposées par la loi. De telles mesures de contrôle sont manifestement disproportionnées, d'autant plus que l'IBPT n'a jamais communiqué à Proximus une quelconque décision de constatation d'infraction.

¹¹⁸ Ces exigences sont rappelées à diverses reprises dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (voir notamment : Cour constitutionnelle, 19 septembre 2007, n° 118/2007, point B.5.3 ; Cour constitutionnelle, 7 mars 2013, n° 29/2013, B.7 ; Cour constitutionnelle, 9 juillet 2013, n° 96/2013, point B.7 ; Cour constitutionnelle, 9 juillet 2013, n° 105/2013, point B.6 ; Cour constitutionnelle, 3 février 2016, n° 18/2016, point B.5.2 ; Cour constitutionnelle, 2 juin 2016, n° 84/2016, point B.5.1).

Dans l'affaire *Société Colas Est et autres*, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi précisé qu'il convenait de définir la notion de « domicile », visée à l'article 8.1 de la Convention, de manière à englober le siège social, les agences ou les locaux professionnels d'une société commerciale et d'étendre ainsi le champ de protection de l'article 8 de la Convention aux sociétés commerciales.

Cela ressort en particulier du passage suivant de l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire, et qui est régulièrement rappelé dans le cadre d'autres affaires :

*« Dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels »*¹¹⁹.

La Cour constitutionnelle adopte la même approche et a également décidé d'étendre le champ de protection de l'article 8 de la Convention – ainsi que de l'article 22 de la Constitution – aux personnes morales et à leurs secrets d'affaires.

Elle précise ainsi :

« Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales. A ce titre le siège social, l'agence ou les locaux professionnels d'une personne morale peuvent être considérés, dans certaines circonstances, comme son domicile [...] ».

*Dès lors, il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires »*¹²⁰.

Dans un arrêt récent du 2 avril 2015, rendu dans l'affaire *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services*, la Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs rappelé que :

*« [S]elon sa jurisprudence bien établie, des perquisitions ou visites et saisies opérées dans les locaux d'une société commerciale portent atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Convention [...] ». Plus précisément, la fouille et la saisie de données électroniques s'analysent en une ingérence dans le droit au respect de la « vie privée » et de la « correspondance » au sens de ces dispositions »*¹²¹.

Il en ressort que des mesures assimilables à des perquisitions ou visites et saisies opérées dans les locaux d'une société commerciale, telles que des mesures de fouilles et de saisie de données électroniques, portent clairement atteinte au droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance de cette société commerciale.

46. Application en l'espèce. Il n'est pas contestable que les mesures de contrôle envisagées dans la Décision entreprise portent atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Convention

¹¹⁹ CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, point 41 (Proximus souligne). Voir également : CEDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, n° 33400/96, point 109 ; CEDH, 27 septembre 2005, *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, point 70.

¹²⁰ Cour constitutionnelle, 19 septembre 2007, n° 118/2007, point B.6.2 (Proximus souligne).

¹²¹ CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, n° 63629/10 et n° 60567/10, point 63 (Proximus souligne). Voir également les affaires suivantes : CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, points 40 à 42 ; CEDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, n° 33400/96, point 109 ; CEDH, 27 septembre 2005, *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, point 71 ; CEDH, 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne (déc.)*, n° 54934/00, point 77 ; CEDH, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01, point 43 ; CEDH, 3 juillet 2012, *Robathin c. Autriche*, n° 30457/06, point 39.

européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Comme cela a déjà été précisé, il ressort de la Décision entreprise que le consultant externe désigné par l'IBPT est en effet autorisé à effectuer un contrôle particulièrement étendu au sein des installations de Proximus, notamment en vue de détecter des éventuels manquements ou erreurs de sa part dans la mise en œuvre de ses obligations réglementaires¹²² : le consultant externe est ainsi notamment habilité à collecter – dans les locaux de Proximus ou sur le terrain, par exemple en suivant les équipes techniques de Proximus – toutes les informations qu'il jugerait utiles et qui sont disponibles dans les bases de données de Proximus ou sur le terrain ou formalisées dans des conventions internes ou externes de Proximus¹²³.

Il est manifeste que de telles mesures – définies de manière particulièrement large – portent atteinte au droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance de Proximus, tel que protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans la mesure où elles s'assimilent à des mesures de perquisition, de visite ou de saisie, susceptibles de porter notamment sur des données électroniques, à savoir les données contenues dans les bases de données de Proximus.

b) Quant à l'absence de fondement légal

47. **Rappel des principes applicables.** Pour qu'une mesure constitutive d'une ingérence dans les droits protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne puisse être considérée comme justifiée, elle doit tout d'abord – conformément à l'article 8.2 de la Convention – être « prévue par la loi ».

La portée des mots « prévue par la loi » est précisée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de la manière suivante :

« Les mots « prévue par la loi » au sens de l'article 8 § 2 veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit »¹²⁴.

Il en ressort qu'une ingérence dans les droits protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne pourra être considérée comme étant prévue par la loi que si elle satisfait à deux conditions spécifiques :

- Première condition : la mesure portant atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Convention doit avoir une base en droit interne.

La Cour européenne des droits de l'homme précise à cet égard que, dans un domaine couvert par le droit écrit, la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété¹²⁵ ;

¹²² Décision entreprise, p. 29.

¹²³ Décision entreprise, pp. 20, 29 et 30.

¹²⁴ Voir notamment : CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, n° 11801/85, point 27 ; CEDH, 24 août 1998, *Lambert c. France*, n° 23618/94, point 23 ; CEDH, 17 juillet 2003, *Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, point 45 ; CEDH 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09, point 67 (Proximus souligné).

¹²⁵ Voir notamment : CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, point 43 ; CEDH, 27 septembre 2005, *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, point 77. Comme déjà indiqué, la

- Deuxième condition : la norme légale qui fonde la mesure contestée doit être suffisamment *accessible* et *prévisible* pour la personne visée par cette mesure.

Les exigences d'accessibilité et de prévisibilité de la norme légale sont définies de la manière suivante par la Cour européenne des droits de l'homme :

« La loi doit [...] être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. Pour que l'on puisse la juger conforme à ces exigences, elle doit fournir une protection adéquate contre l'arbitraire et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes »¹²⁶.

A cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'une mesure qui occasionne une atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Convention risque de ne pas satisfaire aux deux exigences susmentionnées si elle n'est pas explicitement autorisée par une loi et résulte par exemple simplement de l'observation d'une pratique administrative ou d'autres directives non contraignantes, cette pratique ou ces directives ne répondant pas à la condition de légalité requise.

Deux situations peuvent être distinguées à cet égard :

- Première situation : aucune norme légale existante n'est susceptible de fonder la mesure contestée.

Dans ce cas, il ressort très clairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que cette mesure ne peut être considérée comme étant « prévue par la loi », et ce même si elle s'inscrit dans le cadre d'une pratique administrative ou d'autres directives non contraignantes.

Ce constat ressort par exemple de l'arrêt du 12 mai 2000 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Khan*. Dans cette affaire, la Cour devait examiner la conformité avec l'article 8 de la Convention d'une mesure d'écoute spécifique pratiquée au Royaume-Uni, qui avait été autorisée sur la base de directives du ministère de l'Intérieur, mais dont les modalités de mise en œuvre n'étaient fixées dans aucune norme légale.

Au vu de l'absence de toute base juridique, la Cour a ainsi très clairement conclu à l'existence d'une violation de l'article 8 de la Convention – sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la mesure contestée était justifiée au regard d'un éventuel objectif légitime – dès lors que cette mesure ne pouvait être considérée comme étant « prévue par la loi ».

Cela ressort en particulier des passages suivants de l'arrêt :

« A l'époque des faits de la présente cause, il n'existait aucun système légal régissant l'emploi d'appareils d'écoute secrète [...]. Les directives du ministère de l'Intérieur n'étaient à l'époque des faits ni juridiquement contraignantes ni directement accessibles au public. [...] Il n'y avait donc, à l'époque, aucune loi interne régissant l'emploi d'appareils d'écoute secrète.

Cour constitutionnelle précise, quant à elle, que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée doit être prévue par une disposition *législative* suffisamment précise (Cour constitutionnelle, 19 septembre 2007, n° 118/2007, point B.5.3).

¹²⁶ CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et n° 30566/04, point 95 (Proximus souligne). Voir également : CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79, points 66 à 68 ; CEDH, 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, n° 27798/95, point 56 ; CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, n° 28341/95, point 55.

[...] Dans la présente affaire, l'on ne peut en conséquence considérer que l'ingérence était « prévue par la loi », au sens de l'article 8 § 2 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 8. A la lumière de cette conclusion, la Cour ne se trouve pas appelée à déterminer si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » à la poursuite de l'un des buts énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 »¹²⁷.

- Deuxième situation : la loi confère un pouvoir d'appréciation à l'autorité, dont l'exercice est susceptible de mener à l'adoption de mesures occasionnant une ingérence dans les droits protégés par l'article 8 de la Convention.

Dans ce cas, la Cour européenne des droits de l'homme précise que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir d'appréciation doivent – sous peine de conduire à une violation de l'article 8 de la Convention – être définies dans la loi avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire :

« Une loi qui confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à cette exigence [à savoir l'exigence d'accessibilité et de prévisibilité], à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire »¹²⁸.

Le degré nécessaire d'*accessibilité* et de *prévisibilité* de la norme légale conférant un pouvoir discrétionnaire à l'autorité est évalué par la Cour selon les circonstances de l'espèce.

En matière de mesures secrètes de surveillance, la Cour a par exemple estimé que la loi devait à tout le moins couvrir les éléments suivants, afin d'éviter tout risque d'abus de la part de l'autorité : la nature, la portée et la durée des mesures envisagées, les justifications requises pour les ordonner, les autorités ayant la compétence de les autoriser, de les mettre en œuvre et d'en surveiller l'exécution et le type de recours prévu en droit national¹²⁹.

48. **Application en l'espèce.** Il est manifeste que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance de Proximus induite par les mesures de contrôle et de collecte de données susceptibles d'être mises en œuvre par le consultant externe conformément à la Décision entreprise ne peut être considérée comme étant « prévue par la loi » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La seule disposition légale habilitant l'IBPT à opérer des mesures de collecte d'informations au sein des locaux d'une entreprise est l'article 25 de la loi IBPT-statut.

L'article 25, § 3 de cette loi permet ainsi aux membres statutaires du personnel de l'IBPT ayant la qualité d'officiers de police judiciaire de procéder à toutes les constatations, rassembler des informations, prendre des déclarations, se faire présenter des documents, pièces, livres et objets et saisir ceux qui sont nécessaires à la recherche ou à la constatation ou nécessaires pour pouvoir mettre fin à l'infraction. Ils peuvent également procéder à des perquisitions, lesquelles doivent se faire dans le respect des dispositions du Code d'instruction criminelle et doivent être autorisées

¹²⁷ CEDH, 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, points 27 et 28 (Proximus souligne).

¹²⁸ CEDH, 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, n° 12963/87, point 75 (Proximus souligne). Voir également : CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79, point 68 ; CEDH, CEDH, 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09, point 68.

¹²⁹ CEDH, 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09, point 68.

par le juge d'instruction lorsqu'elles visent par exemple le siège social ou d'exploitation de l'entreprise concernée¹³⁰.

La loi IBPT-statut n'habilite aucune autre personne que les membres statutaires du personnel de l'IBPT ayant la qualité d'officiers de police judiciaire à procéder aux mesures d'enquête et de collecte de données visées à l'article 25 de la même loi.

Il convient par ailleurs de noter que les dispositions autorisant le recours à une expertise extérieure contenues dans le cadre réglementaire sectoriel ne prévoient aucunement que la mission des consultants externes chargés de cette expertise puisse comprendre des actes de contrôle et de collecte de données au sein des installations de l'entreprise concernée :

- L'article 62, § 4 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques se limite à préciser que, lorsque le système de comptabilisation des coûts appliqué par l'IBPT le rend nécessaire, le respect du système de comptabilisation des coûts est vérifié, aux frais de l'opérateur, par un réviseur d'entreprises agréé désigné par cet opérateur.

Cette disposition ne contient aucune précision additionnelle sur l'étendue de la mission et du pouvoir de contrôle confiés au réviseur d'entreprises ;

- A supposer qu'il puisse être appliqué en l'espèce (*quod non*)¹³¹, l'article 16, alinéa 4 de la loi IBPT-statut précise uniquement que le conseil de l'IBPT peut faire appel à une expertise extérieure dans le cadre de l'accomplissement des missions de l'Institut et que ces experts doivent être indépendants de toute personne physique ou morale soumise au contrôle de l'Institut.

Cette disposition ne contient aucune précision qui pourrait laisser suggérer, de manière explicite ou même implicite, que le consultant externe chargé de l'expertise serait habilité à adopter des mesures de contrôle et de collecte de données particulièrement étendues, en ce compris notamment à se rendre dans les bâtiments ou locaux de personnes privées, d'y procéder à des vérifications et des constats, d'y interroger des personnes à sa guise, etc.

Deux constats doivent être formulés au vu des éléments qui précèdent :

- Premier constat : aucune norme légale n'autorise, explicitement ou implicitement, qu'un consultant externe chargé d'une expertise extérieure puisse être habilité à mettre en œuvre des mesures de contrôle ou de collecte de données – assimilables à des mesures de perquisition, de visite ou de saisie – au sein des installations d'une entreprise.

Ce premier constat suffit à devoir conclure – au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – que l'ingérence dans la vie privée de Proximus découlant des mesures contenues dans la Décision entreprise ne peut manifestement pas être considérée comme étant « prévue par la loi »¹³².

¹³⁰ Pour le bon ordre, il convient de noter que le régime encadrant l'intervention des membres du personnel de l'IBPT ayant la qualité d'officiers de police judiciaire, tel qu'il est prévu à l'article 25, § 3 de la loi IBPT-statut, est plus strict que celui qui est prévu à l'article 25, § 1^{er} de la même loi. L'article 25, § 1^{er} ne concerne toutefois que certaines hypothèses bien spécifiques de contrôle (telles que le contrôle de l'utilisation du spectre ou du respect des normes d'émission) qui s'écartent clairement du cas d'espèce.

¹³¹ La seule procédure d'audit susceptible d'être appliquée en l'espèce est en effet celle qui résulte de l'article 62, § 4, de la loi du 13 juin 2005, comme cela ressort des développements consacrés dans le cadre du deuxième moyen de Proximus.

¹³² Comme déjà indiqué, l'absence de toute base légale susceptible de fonder la mesure contestée implique clairement que cette mesure ne peut être considérée comme étant « prévue par la loi », et ce même si elle s'inscrit éventuellement dans le cadre d'une pratique administrative ou d'autres directives non contraignantes (voir : CEDH, 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, points 27 et 28). En l'espèce, Proximus note que le choix de l'IBPT d'autoriser le consultant externe à mettre en œuvre des mesures de contrôle et de

Il est en outre tout à fait clair que, en l'absence de toute base légale et donc de toute protection adéquate contre l'arbitraire, la décision discrétionnaire – qui n'est en tout état de cause accompagnée d'aucune motivation adéquate et suffisante – d'une autorité d'habiliter un consultant externe à effectuer un contrôle et à collecter des données au sein des installations d'une entreprise visée par une mesure d'audit ne satisfait pas aux exigences d'*accessibilité* et de *prévisibilité* identifiées dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En l'espèce cette habilitation est d'ailleurs d'autant plus problématique que le rôle du consultant externe chargé de l'audit semble en partie s'assimiler au rôle d'un membre de l'IBPT ayant qualité d'officier de police judiciaire dans la mesure où il est explicitement prévu dans la Décision entreprise que la mission du consultant externe est susceptible de comprendre un volet impliquant la constatation d'éventuels manquements de la part de Proximus¹³³ ;

- Deuxième constat : les dispositions légales susmentionnées ne confèrent aucune marge d'appréciation dans le chef de l'IBPT en vue de les mettre en œuvre : seuls les membres statutaires du personnel de l'IBPT ayant la qualité d'officiers de police judiciaire sont habilités à procéder à des mesures d'enquête et de collecte de données, telles que des perquisitions, visites ou saisies.

Il n'est donc même pas question d'examiner si – au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – la décision de l'IBPT de confier au consultant externe un pouvoir de contrôle et de collecte de données au sein des installations de Proximus est susceptible d'être comprise, de manière suffisamment prévisible, dans le pouvoir d'appréciation confiée par la loi.

En conclusion, il est manifeste que la Décision entreprise aboutit à violer l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en ce qu'elle institue une ingérence dans la vie privée de Proximus qui n'est pas « prévue par la loi ».

c) Quant à la violation de l'exigence de proportionnalité

49. **Rappel des principes applicables.** A supposer qu'une mesure constitutive d'une atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne soit considérée comme étant « prévue par la loi », il doit être encore démontré que cette mesure poursuit également un des objectifs légitimes visés à l'article 8.2 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'elle est proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit.

En ce qui concerne l'exigence de proportionnalité, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'évaluation de la proportionnalité de l'ingérence au but poursuivi implique de déterminer si les motifs invoqués à l'appui des ingérences en cause sont *pertinents* et *suffisants*¹³⁴. Les exceptions que ménage l'article 8.2 appellent ainsi une interprétation étroite et leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière

collecte de données au sein des installations de Proximus ne semble même pas s'inscrire dans le cadre d'une pratique administrative antérieure de l'IBPT.

¹³³ Comme cela a déjà été précisé, il y est ainsi notamment indiqué que « [l]orsque les résultats de cet audit révèlent des manquements, des incohérences ou des erreurs, le soumissionnaire en précisera objectivement leur teneur et leur incidence sur le modèle de coûts » (Décision entreprise, p. 29 (Proximus souligne)).

¹³⁴ Voir notamment : CEDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08, point 54 ; CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, n° 63629/10 et n° 60567/10, point 65.

convaincante¹³⁵. Ce processus suppose la prise en compte de plusieurs facteurs, tels que la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée, la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci¹³⁶.

S'agissant en particulier des visites domiciliaires, des perquisitions et des saisies, la Cour européenne des droits de l'homme précise en outre qu'il convient de déterminer si la législation et la pratique internes offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus et l'arbitraire¹³⁷.

Dans les affaires *Société Canal Plus et autres* et *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services*, la Cour européenne des droits de l'homme a par exemple estimé que les garanties suivantes pouvaient être considérées comme adéquates et suffisantes en vue de pratiquer des mesures de visite domiciliaire et de saisie de documents :

- Le fait que la législation interne prévoyait une autorisation judiciaire préalable du juge qui vérifie si la demande d'autorisation est fondée ;
- Le fait que les opérations de visite et de saisie s'effectuaient sous l'autorité et le contrôle de ce même juge, qui désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé, qui peut à tout moment décider de la suspension ou l'arrêt de la visite, et qui peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention ;
- Le fait qu'un recours en contestation du déroulement des opérations de visite et de saisie était prévu, avec saisie auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois¹³⁸.

La Cour indique par ailleurs qu'il est en outre nécessaire de vérifier si, dans le cas d'espèce, les garanties contre les abus et l'arbitraire sont appliquées de manière *concrète* et *effective*, et non pas *théorique* et *illusoire*¹³⁹.

La Cour de justice de l'Union européenne a également eu l'occasion de se prononcer sur la portée de l'exigence de proportionnalité dans le cadre d'affaires portant sur la question de l'étendue des pouvoirs d'enquête de la Commission en droit de la concurrence et de leur incidence dans la sphère privée des sociétés commerciales.

De manière similaire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne précise ainsi par exemple que des mesures de contrainte adoptées par la Commission – telles que des mesures de perquisition – peuvent être jugées disproportionnées lorsqu'elles engendrent des inconvénients démesurés et intolérables par rapport aux buts qu'elles poursuivent ou lorsque l'atteinte à la concurrence suspectée est d'importance

¹³⁵ Voir notamment : CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, n° 10588/83, point 55 ; CEDH, 25 février 1993, *Miailhe c. France*, n° 12661/87, point 36 ; CEDH, 25 février 1993, *Crémieux c. France*, n° 11471/85, point 38 ; CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, point 47.

¹³⁶ Voir notamment : CEDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, point 82 ; CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et n° 30566/04, point 102.

¹³⁷ Voir notamment : CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, n° 10588/83, point 56 ; CEDH, 25 février 1993, *Miailhe c. France*, n° 12661/87, point 37 ; CEDH, 25 février 1993, *Crémieux c. France*, n° 11471/85, point 39 ; CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, point 48 ; CEDH, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01, point 57 ; CEDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08, point 54 ; CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, n° 63629/10 et n° 60567/10, point 66.

¹³⁸ CEDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08, point 56 ; CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, n° 63629/10 et n° 60567/10, point 74.

¹³⁹ CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, n° 63629/10 et n° 60567/10, point 75.

trop minime, le degré d'implication probable de l'entreprise concernée trop faible ou ce qui est recherché trop accessoire pour que l'intrusion dans la sphère d'activité privée d'une personne morale qu'implique une perquisition avec recours à la force publique n'apparaisse pas démesurée et intolérable au regard des objectifs poursuivis par la vérification¹⁴⁰.

Enfin, en matière de saisie de données numériques, il semble également utile de se référer aux règles que le Code d'instruction criminelle (CIC) prévoit à cet effet. L'article 39bis, § 2 de ce Code énonce à cet égard que lorsque des données utiles pour les mêmes finalités que celles prévues pour la saisie sont découvertes mais qu'il n'est pas souhaitable d'en saisir le support, ces données, de même que les données nécessaires pour les comprendre, sont copiées sur des supports qui appartiennent à l'autorité.

Cette disposition vise à éviter des mesures de « pêche à l'information » de la part de l'Autorité. Comme cela ressort des travaux préparatoires portant sur la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique qui a introduit l'article 39bis dans le CIC¹⁴¹ et de l'arrêt de la Cour d'appel du 5 mars 2013 rendu dans l'affaire portant le numéro de rôle 2011/MR/3¹⁴², seules les données *pertinentes* sont susceptibles d'être copiées sur les supports de l'autorité.

Il ressort par ailleurs de l'arrêt de la Cour d'appel du 5 mars 2013 que le processus opérationnel suivant lequel des données sont copiées en masse sans distinguer selon ce qui est utile et ce qui est sans utilité au regard de l'objectif visé par la mesure de saisie n'est dès lors pas conforme à la volonté que le législateur a exprimée en promulguant l'article 39bis CIC et présente de ce fait un caractère disproportionné¹⁴³. En cas de copiage en masse de données, il est à tout le moins nécessaire de prévoir une méthodologie de sélection digitale conséquente – par exemple, par le biais de mots-clés adéquats – qui permette d'éviter que des documents qui n'ont aucun lien avec l'objectif visé par la mesure de saisie ne fassent partie des fichiers collectés à la suite de la saisie¹⁴⁴.

50. Application en l'espèce. A supposer que le consultant externe susceptible d'être désigné par l'IBPT puisse être considéré comme étant légalement habilité à collecter et à saisir des informations au sein des installations de Proximus et que l'ingérence dans les droits au respect de la vie privée de Proximus puisse dès lors être considérée comme étant « prévue par la loi » (*quod non*), il est en tout état de cause manifeste – au vu des considérations qui précèdent – que les dispositions de la Décision entreprise relative à la mission du consultant externe sont clairement disproportionnées au regard de l'objectif qu'elles poursuivent.

Les motifs susceptibles d'être invoqués en vue de justifier l'étendue de la mission du consultant externe chargé de l'audit ne peuvent en effet en tout état de cause pas être considérés comme *pertinents* et *suffisants* au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

- L'ingérence dans la vie privée de Proximus présente un degré de gravité certain, ce qui est reconnu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne comme étant un indice du caractère disproportionné de la mesure qui la sous-tend.

Comme cela a déjà été précisé dans le cadre du moyen portant sur la violation du principe général de proportionnalité, la mission du consultant externe est en effet définie de

¹⁴⁰ Voir notamment : CJUE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA*, C-94/00, points 76 et 80.

¹⁴¹ Exposé des motifs du projet de loi relatif à la criminalité informatique, session ordinaire 1999-2003, Chambre des Représentants, doc. 50-0213/001 et 50-0214/001, pp. 20 et 21.

¹⁴² Cour d'appel, 5 mars 2013, 2011/MR/3, point 68.

¹⁴³ Cour d'appel, 5 mars 2013, 2011/MR/3, point 69.

¹⁴⁴ Cour d'appel, 5 mars 2013, 2011/MR/3, point 71.

manière particulièrement étendue dans la Décision entreprise, ce qui implique que le degré d'atteinte au droit à la vie privée de Proximus est lui aussi particulièrement important¹⁴⁵.

Au niveau des modalités de mise en œuvre de la collecte d'informations, Proximus rappelle que le consultant externe est ainsi autorisé à effectuer un contrôle ciblé dans les locaux de cette dernière ou sur le terrain, par exemple en suivant les équipes techniques de Proximus. Il peut également collecter les informations utiles disponibles dans les bases de données de Proximus ou sur le terrain ou formalisées dans des conventions internes ou externes de Proximus par constatations ponctuelles sur le terrain ou dans les locaux de Proximus¹⁴⁶.

Le consultant externe pourra par ailleurs contrôler la pertinence des informations qu'il collectera en comparant les différents paramètres de contrôle entre les équipes de Proximus ou entre les équipes de Proximus et celles de ses sous-traitants¹⁴⁷.

D'un point de vue plus qualitatif, le type d'informations qui pourront être collectées par le consultant externe – en particulier dans le cadre de contrôles dans les locaux de Proximus – est défini de manière particulièrement large et ouverte dans la Décision entreprise. Le consultant externe peut être amené à collecter toute information *utile* en vue d'évaluer les paramètres opérationnels et de contrôler le niveau d'efficacité des tâches qui composent les modèles de coûts mis en place¹⁴⁸ ;

- Comme cela a déjà été précisé dans le cadre du moyen portant sur la violation du principe général de proportionnalité, le niveau d'ingérence n'est en outre clairement pas *nécessaire* en vue de poursuivre l'objectif de mener un contrôle efficace du système de comptabilisation des coûts mis en place par Proximus ou en vue d'effectuer une révision de ce système¹⁴⁹.

Les missions de contrôle et d'analyse confiées par l'IBPT au consultant externe peuvent en effet toutes être réalisées et atteindre leur objectif sans qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre des mesures de contrôle et de collecte d'informations par constatations sur le terrain ou dans les locaux de Proximus.

L'IBPT met ainsi à disposition du consultant externe d'autres canaux d'information. Il prévoit par exemple que le consultant externe pourra interroger Proximus et, le cas échéant, demander la production d'informations additionnelles nécessaires à l'accomplissement de ses missions¹⁵⁰.

Enfin, comme cela a également déjà été précisé, il ne ressort ni de la Décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts, ni de la pratique décisionnelle de l'IBPT concernant la conformité du système de comptabilisation des coûts de Proximus, que l'Institut pourrait – lorsqu'il entend effectuer un contrôle du système de comptabilisation des coûts de Proximus ou opérer une révision de ce système – mettre en œuvre des mesures de contrôle ou de collecte d'informations autres que celles qui sont visées dans la

¹⁴⁵ Sur cette question, voir le paragraphe 42 *supra*.

¹⁴⁶ Décision entreprise, pp. 20, 29 et 30.

¹⁴⁷ Décision entreprise, p. 30.

¹⁴⁸ Voir la formulation particulièrement large employée aux pages 29 et 30 de la Décision entreprise.

¹⁴⁹ Sur cette question, voir le paragraphe 43 *supra*.

¹⁵⁰ Ces demandes d'informations supplémentaires devront néanmoins elles-mêmes satisfaire à l'exigence de proportionnalité par rapport aux objectifs de contrôle et de révision de la méthodologie de comptabilisation des coûts, sous peine de violer elles aussi l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Décision du 22 août 2007, à savoir un contrôle sur la base de la documentation préparée par Proximus ou, le cas échéant, des informations communiquées par Proximus à la suite de demandes d'informations supplémentaires de la part de l'IBPT¹⁵¹.

A cet égard, les développements contenus dans le cadre du troisième moyen ci-avant, dont il résulte que la Décision entreprise viole de manière manifeste le principe général de droit administratif de la proportionnalité tel que précisé dans le cadre réglementaire sectoriel, constituent également, de manière plus générale, un indice clair que les motifs susceptibles d'être invoqués en vue de justifier l'étendue de la mission du consultant externe chargé de l'audit ne peuvent être considérés comme *pertinents* et *suffisants* au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En outre, la Décision entreprise ne contient aucune *garantie adéquate et suffisante* contre les abus et l'arbitraire au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

- L'intervention du consultant externe n'est encadrée par aucune des garanties que la Cour européenne des droits de l'homme associe traditionnellement à des mesures de perquisition, de visite domiciliaire ou de saisie de documents, telles que le contrôle par un juge ou un ou plusieurs officiers de police judiciaire¹⁵² ;
- L'ingérence du consultant externe dans la vie privée de Proximus ne fait l'objet d'aucune limitation et n'est conditionnée au respect d'aucune exigence qui en amoindrirait la portée : le consultant externe n'est soumis à aucune contrainte extérieure et son intervention au sein des locaux de Proximus ne semble pas devoir être acceptée au préalable par cette dernière.

Enfin, même à supposer qu'il soit admis que le consultant externe chargé de l'audit puisse mettre en œuvre des mesures de collecte d'informations – en ce compris des données numériques issues des bases de données de Proximus – au sein des installations de cette dernière (*quod non*), la Décision entreprise ne contient absolument aucune indication relative aux modalités de copiage et de conservations des données numériques collectées et ne permet donc pas d'éviter une éventuelle « pêche à l'information » de la part de l'IBPT, ce qui aboutirait à méconnaître la portée de l'article 39*bis*, § 2 CIC et de l'arrêt de la Cour d'appel du 5 mars 2013 rendu dans l'affaire portant le numéro de rôle 2011/MR/3.

Il s'agit d'un élément supplémentaire attestant du caractère disproportionné des dispositions de la Décision entreprise portant sur l'étendue de la mission du consultant externe.

En conclusion, il ressort de l'ensemble de ces considérations que les dispositions de la Décision entreprise relative à l'étendue de la mission d'audit du consultant externe violent de manière manifeste l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22 de la Constitution et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le quatrième moyen invoqué par Proximus doit par conséquent être considéré comme sérieux en ce qu'il fait apparaître *prima facie* l'illégalité de la Décision entreprise.

¹⁵¹ Sur cette question, voir le paragraphe 43 *supra*.

¹⁵² Voir, à cet égard : CEDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08, point 56 ; CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France*, n° 63629/10 et n° 60567/10, point 74 (ainsi que le commentaire qui en a été fait au paragraphe 49 *supra*).

1.5. Cinquième moyen sérieux : la Décision entreprise est manifestement illégale au motif que les critères d'exclusion et de sélection prévus pour choisir le consultant externe ne garantissent pas à suffisance les exigences d'indépendance et d'impartialité que la mission d'audit requiert

51. **Rappel de la Décision entreprise.** Comme indiqué au paragraphe 9 *supra*, les dispositions générales du cahier des charges définissent notamment les critères d'exclusion et de sélection pour choisir le consultant externe de l'IBPT¹⁵³.

Alors que les garanties d'indépendance et d'impartialité revêtent une dimension fondamentale dans le cadre d'une mission d'audit, le seul critère prévu à cet égard par la Décision entreprise est une « *une déclaration sur l'honneur [du soumissionnaire] confirmant son indépendance vis-à-vis de toute personne physique ou morale soumise au contrôle de l'Institut* »¹⁵⁴.

52. **Moyen de Proximus.** Proximus considère que cette seule déclaration sur l'honneur du soumissionnaire n'est manifestement pas suffisante pour assurer le respect des garanties fondamentales d'indépendance et d'impartialité du consultant externe de l'IBPT chargé d'auditer les modèles de comptabilisation des coûts de Proximus.

Cette position de l'IBPT contraste d'ailleurs avec celle retenue dans un précédent cahier des charges, qui prévoyait notamment comme critère d'exclusion l'interdiction « *au soumissionnaire d'exécuter des marchés pour un prestataire de services de communications électroniques actif en Belgique pendant l'exécution du présent marché* »¹⁵⁵.

Force est de constater que l'IBPT n'apporte pas la moindre motivation dans son cahier des charges sur les raisons qui l'ont poussé à s'écarter de sa pratique administrative en ne retenant pas un tel critère d'exclusion.

Or, l'absence de prise en compte de ce critère d'exclusion afin de garantir que la mission d'audit du consultant externe de l'IBPT serait menée dans les conditions d'indépendance et d'impartialité requises aurait pour conséquence d'entacher non seulement le résultat final de cette mission mais également toute conclusion que l'IBPT entendrait en tirer.

53. **Conclusion.** Il résulte de ce qui précède que la Décision entreprise ne garantit manifestement pas à suffisance les exigences fondamentales d'indépendance et d'impartialité que la mission d'audit requiert et est, partant, illégale.

Le cinquième moyen invoqué par Proximus est par conséquent sérieux.

¹⁵³ Décision entreprise, pp. 10 à 15.

¹⁵⁴ Décision entreprise, p. 14.

¹⁵⁵ Cahier spécial des charges n° 2010/Marchés/NGN intitulé « *Appel d'offres général pour le développement d'un modèle de coûts pour un réseau de nouvelle génération (« NGN »)* » publié en 2010.

2. L'exécution immédiate de la Décision entreprise risquerait de causer un préjudice grave et difficilement réparable à Proximus

54. **Rappel des principes : la notion de « préjudice grave et difficilement réparable ».** Comme l'énonce la jurisprudence de la Cour, « *si la loi permet à la cour de statuer provisoirement à l'occasion d'un recours, c'est nécessairement afin d'éviter qu'un préjudice grave et difficilement réparable soit occasionné par la décision attaquée à la partie qui sollicite le sursis de l'exécution, et dont les effets ne peuvent être compensés par la perspective d'une allocation future d'une indemnité couvrant le préjudice subi* »¹⁵⁶.

D'une part, le préjudice doit être grave, c'est-à-dire « *d'une ampleur significative* »¹⁵⁷ ou « *d'une importance significative* »¹⁵⁸.

D'autre part, le préjudice doit être irréparable, c'est-à-dire qu'il impliquerait des conséquences « *quasi irréversibles pour l'intéressé si la suspension n'était pas ordonnée* »¹⁵⁹.

55. **Application en l'espèce.** En l'espèce, l'exécution de la Décision entreprise risquerait de causer un préjudice grave et difficilement réparable à Proximus étant donné que certains de ses droits fondamentaux – tels que le droit au respect de la vie privée, en ce compris l'inviolabilité du domicile, la liberté d'entreprendre et la liberté de prestation de services – seraient mis en péril de manière significative et irréversible.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que les atteintes au droit au respect de la vie privée bénéficient généralement d'une application particulière en matière de référé administratif étant donné que de nombreux arrêts enseignent que de telles atteintes constituent par essence un préjudice grave et difficilement réparable : « *toute atteinte à la vie privée et familiale constitue un préjudice grave difficilement réparable* »¹⁶⁰.

Nonobstant cette jurisprudence qui devrait d'emblée conduire à la suspension de la Décision entreprise, Proximus démontre pour le bon ordre que l'exécution de la Décision lui causerait concrètement un préjudice grave et difficilement réparable.

56. Le préjudice serait grave. Le préjudice que l'exécution de la Décision entreprise risquerait de causer à Proximus serait grave étant donné que la mesure d'audit et les modalités y relatives constitueraient une lourde ingérence dans le droit au respect de la vie privée de Proximus, ainsi qu'à sa liberté d'entreprendre et à sa liberté de prestation de services.

La jurisprudence du Conseil d'Etat confirme sur ce point qu'un « *préjudice est d'autant plus grave [lors] qu'il porte atteinte à des droits fondamentaux protégés par la Constitution* », comme par exemple « *le droit au respect de la vie privée et familiale, lui-même protégé par l'article 8.1. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹⁶¹.

¹⁵⁶ Bruxelles (9^{ème} ch.), 27 octobre 2006, 2006/AR/2332 e.a, point 7 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 18 mars 2005, 2005/AR/588, point 8.

¹⁵⁷ Bruxelles (18^{ème} ch.), 15 février 2011, 2010/AR/2003 e.a., point 41.

¹⁵⁸ Bruxelles (18^{ème} ch.), 6 novembre 2012, 2011/AR/2261 e.a., point 101.

¹⁵⁹ Bruxelles (18^{ème} ch.), 6 novembre 2012, 2011/AR/2261 e.a., point 101.

¹⁶⁰ Voir notamment C.E., 25 mars 2005, n° 142.687 ; C.E., 31 juillet 2004, n° 134.189 ; C.E., 29 avril 2004, n° 130.864.

¹⁶¹ Voir notamment C.E., 19 décembre 2003, n° 126.669.

Concrètement, le consultant externe de l'IBPT pourrait en effet poser des actes particulièrement attentatoires aux droits fondamentaux de Proximus à la lumière des pouvoirs d'enquête exorbitants que la Décision entreprise lui confère¹⁶² :

- le pouvoir d'interroger Proximus ;
- le pouvoir de requérir de Proximus toute information utile disponible dans ses bases de données, sur le terrain ou formalisée dans des conventions ;
- le pouvoir de pénétrer dans les locaux de Proximus (le cas échéant sans son autorisation) afin d'y effectuer des contrôles ;
- le pouvoir de collecter/saisir toute information utile, en ce compris dans les locaux de Proximus ;
- le pouvoir de surveiller et de suivre les équipes de Proximus, tant au sein de ses locaux que sur le terrain, en vue d'apprécier leur niveau d'efficacité.

En somme, le consultant externe de l'IBPT se verrait attribuer des pouvoirs d'enquête relativement similaires à ceux d'un juge d'instruction ou d'un officier de police judiciaire. Il va de soi qu'aucune personne physique ou morale n'accepterait cette intrusion qui cause un préjudice immédiat de la part de personnes qui ne présentent pas les garanties légalement prévues afin d'assurer une protection adéquate dans un tel contexte.

A cela s'ajoute que ces pouvoirs exorbitants du consultant externe de l'IBPT pourraient présenter une certaine durée dans le temps étant donné que la Décision entreprise prévoit que le consultant pourrait être amené à se rendre dans les locaux de Proximus et à suivre les équipes techniques de cette dernière durant trois semaines¹⁶³, ce qui est d'autant plus intrusif.

L'ensemble de ces éléments concrets démontre que l'exécution de la Décision entreprise risquerait ainsi de causer un préjudice grave à Proximus.

57. Le préjudice serait difficilement réparable. Non seulement le préjudice causé à Proximus serait grave, mais il serait également difficilement réparable dans la mesure où les effets préjudiciables d'une telle intrusion et de telles ingérences dans les droits fondamentaux de Proximus ne sauraient être compensés adéquatement ou annihilés par l'annulation ultérieure de la Décision entreprise.

En d'autres termes, le préjudice causé à Proximus par la mission d'audit emporterait des conséquences irréversibles pour cette dernière.

Tel est particulièrement le cas en ce qui concerne les documents et informations confidentiels de Proximus qui seraient collectés ou saisis illégalement par le consultant externe de l'IBPT durant l'audit, ou encore l'atteinte portée à l'inviolabilité du domicile de Proximus lorsque le consultant externe de l'IBPT pénétrerait dans les locaux de cette dernière, sans son autorisation.

A titre exemplatif, dans une affaire présentant certaines analogies avec la présente espèce, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que le préjudice subi par une entreprise est irréversible dès qu'un accès à certaines informations de cette entreprise est obtenu, voire au moment où des

¹⁶² Décision entreprise, notamment pp. 28 à 30.

¹⁶³ Décision entreprise, p. 20 : « Comme précisé dans la section B Prescriptions Techniques, il se peut par ailleurs que l'adjudicataire soit amené, dans le cadre de sa mission, à se rendre dans les locaux de Proximus voire de suivre les équipes techniques de Proximus sur le terrain, avec un maximum de 15 jours ouvrables ».

tiers accèdent aux locaux de cette entreprise – sans l'accord de celle-ci – afin d'y effectuer certaines tâches et vérifications¹⁶⁴.

58. **Conclusion.** L'ensemble des considérations développées ci-avant démontre de manière concrète que l'éventuelle annulation ultérieure de la Décision entreprise ne permettrait pas de remédier adéquatement aux effets particulièrement préjudiciables et attentatoires aux droits fondamentaux de Proximus qui découleraient de l'exécution immédiate de la Décision.

L'exécution de la Décision entreprise risquerait ainsi de causer un préjudice grave et difficilement réparable à Proximus, de sorte que la suspension de celle-ci devrait être ordonnée.

3. La balance des intérêts en présence penche en faveur de la suspension de la Décision entreprise

59. **Rappel des principes.** Comme l'énonce la jurisprudence de la Cour,

« La suspension ne peut être prononcée que si la balance des intérêts le justifie : les conséquences graves qui résulteraient pour le requérant de l'application immédiate de la décision, à supposer qu'elle soit ultérieurement annulée, doivent être pires que celles qui résulteraient de sa suspension, à supposer que la demande d'annulation soit ultérieurement rejetée. Cette appréciation rejoint celle du degré de sérieux des arguments d'annulation présentés et du degré de probabilité que la décision soit ou non annulée en fin de compte. La cour doit également avoir égard aux conséquences d'intérêt général d'une suspension, compte tenu des objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (...) »¹⁶⁵.

60. **Application en l'espèce.** En l'espèce, de nombreux éléments démontrent que la balance des intérêts en présence penche en faveur de la suspension de la Décision entreprise.

Premièrement, la suspension de la Décision entreprise est justifiée à la lumière du degré de probabilité que la Décision soit annulée, compte tenu des moyens d'annulation invoqués par Proximus qui démontrent de manière manifeste que la Décision est entachée de nombreuses illégalités évidentes.

Deuxièmement, les conséquences préjudiciables qui résulteraient de l'exécution de la Décision, à supposer qu'elle soit ultérieurement annulée, seraient pires que celles qui résulteraient de sa suspension, à supposer que la demande d'annulation de Proximus soit ultérieurement rejetée :

- En l'absence de suspension de la Décision, non seulement plusieurs droits fondamentaux de Proximus risqueraient d'être mis en péril de manière significative et irréversible mais, en outre, l'illégalité des modalités de la mission d'audit pourrait entacher la validité des résultats de cette mission ainsi que de toute conclusion que l'IBPT souhaiterait en tirer¹⁶⁶ ;

¹⁶⁴ Bruxelles (18^{ème} chambre), 6 avril 2011, 2011/MR/3, point 45 : « la mesure demandée a pour but d'éviter une situation irréversible relative à la communication de données informatiques dont il est argué qu'elles sont insaisissables et qu'elles ne sauraient régulièrement faire partie du dossier de l'instruction » (Proximus souligne).

¹⁶⁵ Bruxelles (18^{ème} ch.), 15 février 2011, 2010/AR/2003 e.a., point 43.

¹⁶⁶ Voir en ce sens Bruxelles (18^{ème} chambre), 6 avril 2011, 2011/MR/3, point 46 : « Il n'est pas sérieusement contestable que le différend qui oppose la requérante à l'Auditorat au sujet de ces droits fondamentaux puisse avoir une incidence importante, voire décisive sur la validité des résultats de l'instruction. Or, l'Auditorat a tout intérêt à éviter des illégalités qui risquent de compromettre l'effectivité de son instruction ».

- En cas de suspension de la Décision, aucune conséquence grave et irréversible du même ordre que celles causées à Proximus ne se produirait à l'égard de l'IBPT ou des acteurs du marché en raison du retard que cette suspension causerait à la mission d'audit.

Primo, l'IBPT pourrait procéder à un audit aussi efficace sur la base d'autres moyens (légaux) comme l'obligation imposée à Proximus de fournir une documentation complète et pertinente en vue de contrôler le système de comptabilisation des coûts, comme l'Institut l'a lui-même reconnu dans sa Décision du 22 août 2007 : « *L'IBPT estime que la fourniture de ces informations est une mesure nécessaire et proportionnée. (...) L'existence d'une documentation complète est également de nature à permettre un audit efficace* »¹⁶⁷.

Secundo, l'objectif de révision des one-time-fees ne semble pas revêtir un caractère à ce point urgent pour le marché qui serait de nature à interdire la suspension de la Décision entreprise, étant donné que cet objectif figurait déjà dans le Plan opérationnel 2015 de l'IBPT publié en date du 13 février 2015 (c'est-à-dire il y a plus d'un an et demi). Si la réalisation de cet objectif s'était avérée pressante pour le marché, la mission d'audit aurait été organisée bien plus tôt par l'IBPT.

Tertio, en tout état de cause, les conclusions que l'IBPT entendrait tirer de la mission d'audit devraient être soumises non seulement à une analyse de marché préalable, mais également aux procédures de consultation publique et de coopération interinstitutionnelle (consultation de l'Autorité de la concurrence et de la Commission européenne), ce qui prend un certain temps, de sorte que les autres acteurs du marché ne pourraient de toute manière pas tirer un bénéfice immédiat de la mission d'audit et ne seraient dès lors pas préjudiciés par la suspension de la Décision.

B. AU FOND : ANNULATION DE LA DECISION ENTREPRISE

61. **Position de Proximus.** Les moyens sérieux développés par Proximus dans le cadre de sa demande de suspension de la Décision entreprise doivent également être déclarés fondés dans la mesure où ils démontrent, sur la base d'un examen approfondi, que la Décision entreprise est entachée d'illégalités.

Proximus se permet dès lors de renvoyer aux développements consacrés à ses moyens dans le cadre de la demande de suspension (section A), qui doivent être considérés comme intégralement repris dans la présente section.

Proximus invite par conséquent la Cour d'appel à constater l'illégalité de la Décision entreprise sur les points visés par les moyens de Proximus et, par conséquent, à annuler la Décision entreprise dans son intégralité.

¹⁶⁷ Décision de l'IBPT du 22 août 2007, pp. 9-10.

A CES CAUSES,

La requérante, Proximus S.A. de droit public, Vous prie respectueusement, Monsieur le Premier Président, Mesdames et Messieurs les Présidents et Conseillers de la Cour d'appel de Bruxelles,

- de recevoir le présent recours formé par Proximus à l'encontre de la Décision de l'IBPT arrêtant le cahier des charges n° 2016/APA/OTF intitulé « *Appel d'offre général avec publicité européenne pour le compte de l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications (IBPT) visant la réalisation d'une mission d'accompagnement de l'IBPT dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des redevances uniques ("one-time-fees") et de la redevance locative "ISLA Repair" des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2* », en tant qu'elle reflète la décision de l'IBPT de procéder à un audit des processus opérationnels de Proximus relatifs aux redevances uniques (« one-time-fees ») et la redevance locative « ISLA Repair » des offres de référence BRUO, BROBA et WBA VDSL2 et les modalités y relatives ;
- avant dire droit, de prononcer la suspension de la Décision entreprise dans son intégralité jusqu'au prononcé de l'arrêt au fond ;
- au fond, de constater que la Décision entreprise est entachée d'illégalités sur les points visés par les moyens de Proximus et, par conséquent, d'annuler la Décision entreprise dans son intégralité ;
- de condamner l'IBPT aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

Bruxelles, le 28 octobre 2016

Pour la requérante, ses conseils,



Dirk Van Liedekerke
Avocat

Julie Froidmont, avocat



Alexis Laes
Avocat



Matthieu van Lierde
Avocat

INVENTAIRE

A ce stade de la procédure, aucune pièce n'est déposée.