

COPIE NON SIGNÉE adressée conformément à l'article
792 du Code judiciaire.
EXEMPT du DROIT d'EXPEDITION : art. 280. 2°. C. Enr. 5514

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.08.0072.F

BELGACOM, société anonyme dont le siège social est établi à Schaarbeek,
boulevard du Roi Albert II, 27,

demanderesse en cassation,

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

contre

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

défendeur en cassation,

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

2. **T2 BELGIUM**, société anonyme dont le siège social est établi à Wemmel, avenue Reine Astrid, 166,

3. **KPN BELGIUM**, société anonyme dont le siège social est établi à Wemmel, avenue Reine Astrid, 166,

défenderesses en cassation ou, à tout le moins, parties appelées en déclaration d'arrêt commun.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 1^{er} juin 2007 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le conseiller Martine Regout a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

II. Les moyens de cassation

La demanderesse présente trois moyens libellés dans les termes suivants :

Premier moyen

Dispositions légales violées

- articles 127, § 1^{er}, et 149 de la Constitution ;

- article 4, 6^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ;

- article 14, § 2, 5^o, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, remplacé par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt rejette le moyen invoqué par la demanderesse, fondé sur la méconnaissance par [le défendeur] des règles conventionnelles et légales régissant la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les communautés et régissant les compétences [du défendeur].

Il considère que [le défendeur] n'a pas empiété sur les compétences des régulateurs communautaires et que le moyen n'est pas fondé.

Cette décision est notamment fondée sur les motifs suivants :

« 5. Pour dire si [le défendeur] était ou non compétent pour prendre seul la décision attaquée, il convient donc de vérifier si elle concerne l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, et s'il existe un risque que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires (cf. considérant B.A. de l'arrêt n° 163 du 8 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage).

6. La décision attaquée analyse les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché 1) et pour la clientèle non résidentielle (marché 2).

Ainsi que le rappelle la décision, il existe trois types principaux d'accès au réseau téléphonique public :

- La ligne analogique qui offre une voie de communication avec une bande passante de 300-3400 Hz ; couplée à l'usage d'un modem, elle permet également l'échange de données jusqu'à 56Kbp/s, ce qui permet l'accès en bande étroite à Internet ; elle permet l'échange de télécopies ;

- Les lignes ISDN-2 qui comportent deux canaux de communication à 64 Kbp/s pour les trafics voix et données et un canal 16Kbits/s pour la signalisation, ainsi que les lignes ISDN-30 qui permettent de déployer un ensemble de services numériques sur un lien à 2Mbit/s ;

- L'accès Voice over Broadband (VOB) qui utilise la connexion d'accès haut débit d'Internet de l'utilisateur ; ce type d'accès peut être fourni sur la paire de cuivre ou sur les réseaux câblés.

9. Par ailleurs, [le défendeur] a considéré que l'accès haut débit à Internet ne pouvait être intégré dans les marchés 1 et 2. Il s'en déduit que la décision attaquée ne concerne que l'accès au réseau téléphonique qui permettra de proposer des services ordinaires, à savoir la transmission de la voix et de données à bas débit, et ne concerne pas les équipements DSL et ATM qui sont, notamment, utilisés pour la fourniture de services de radiodiffusion, services pour lesquels les communautés sont compétentes.

Il est donc indifférent qu'un utilisateur final puisse avoir accès à des services nécessitant un haut débit par le réseau cuivré ou le câble puisque, dans le cadre de la répartition des compétences entre les différents régulateurs, il convient uniquement de vérifier si la décision, qui est limitée au bas débit, est de nature à porter atteinte aux compétences des régulateurs communautaires en matière de radiodiffusion et de télévision.

Or, il n'est pas possible, techniquement, de prester des services de radiodiffusion et de télévision avec l'accès analogique à 56 Kbp/s ou l'accès numérique à 64 Kbp/s. Il résulte en effet des explications données par les parties lors des plaidoiries que ces services requièrent une transmission en continu.

En toute hypothèse, [la demanderesse] ne démontre pas qu'il serait possible d'avoir accès à un service de télévision par le bas débit, ce que [le défendeur] conteste. Quant à la radiodiffusion, il est certes exceptionnellement possible d'écouter la radio au moyen d'une connexion Internet à bas débit, mais dans ce cas on ne peut prétendre qu'il s'agit d'une transmission en temps réel d'un programme puisque les données sont stockées dans une mémoire tampon et ne sont lues que lorsqu'il y en a suffisamment, ce qui engendre un délai entre l'émission du signal et sa réception qui peut être plus ou moins long (technique du streaming).

Comme la transmission de programmes de radio et de télévision suppose nécessairement la fourniture de services de transmission de données et que la décision ne couvre pas ces services, elle ne pouvait empiéter sur les compétences des communautés et pouvait, par conséquent, être adoptée sans attendre la conclusion d'un accord de coopération ».

Griefs

Première branche

Ainsi que le rappelle l'arrêt, « en vertu de l'article 127, § 1^{er}, de la Constitution et de l'article 4, 6^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et télévision et le législateur fédéral demeure compétent pour les autres formes de télécommunication ».

En vertu de l'article 14, § 2, 5^o, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, remplacé par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, « (le défendeur) peut uniquement prendre des décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques ».

Se référant notamment à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la demanderesse avait dans ses conclusions devant la cour d'appel fait valoir « que les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure de communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées par suite de l'évolution technologique qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération » et qu'« il n'est donc plus question d'une opportunité, mais d'une nécessité inévitable de coopération ».

L'approche du défendeur, « qui a estimé qu'il pouvait procéder seul à l'adoption d'une décision qui concerne des réseaux de communications électroniques à l'égard desquels les communautés sont également compétentes », était, selon la demanderesse, contraire à ces principes.

L'arrêt considère que cette « coopération » entre l'Etat fédéral et les communautés pour régler l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, ne s'impose que « s'il existe un risque que

cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires » et que, dès lors, en l'absence de la preuve de l'existence d'un tel risque, le défendeur était compétent pour prendre seul la décision attaquée devant la cour d'appel.

En faisant ainsi dépendre ladite « coopération » qui s'impose en principe, de l'existence du risque précité, la cour d'appel a ajouté une condition qui ne résulte pas des dispositions constitutionnelles et légales invoquées en cette branche du moyen.

De la règle énoncée notamment par la Cour constitutionnelle suivant laquelle la coopération entre l'Etat fédéral et les communautés s'impose dans ce domaine afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que l'infrastructure et les services concernés soient soumis à des dispositions contradictoires, il ne peut en effet être déduit, comme la décision le fait, que le défendeur était compétent pour prendre seul la décision litigieuse en l'absence d'un risque établi que ladite infrastructure et lesdits services soient soumis à des dispositions contradictoires.

S'étant ainsi fondée sur un critère illégal de répartition des compétences, la cour d'appel a violé les articles 127, § 1^{er}, de la Constitution, 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et 14, § 2, 5°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, remplacé par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses.

Deuxième branche

L'arrêt fonde sa décision relative à la « compétence » du défendeur sur la constatation que « rien dans la décision ne concerne l'infrastructure, constituée par les câbles de cuivre, le coaxial, les fibres optiques et les équipements de transmission de signaux électriques ».

Lors de l'analyse des marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public, l'arrêt relève toutefois l'existence de trois types de

« lignes » offrant des voies de communication dont le troisième type - « l'accès VOB -, peut être fourni sur la paire de cuivre ou sur les réseaux câblés ».

Ces « lignes » faisant nécessairement partie de l'infrastructure, l'arrêt n'a pu, sans verser dans la contradiction, constater que la décision prise par le défendeur et attaquée devant la cour d'appel « ne concerne en rien l'infrastructure, constituée par les câbles de cuivre, le coaxial, les fibres optiques et les équipements de transmission de signaux électriques ».

En raison de cette contradiction, l'arrêt n'est pas régulièrement motivé et viole dès lors l'article 149 de la Constitution en vertu duquel le juge doit motiver sa décision, les motifs ne pouvant être contradictoires, puisqu'une telle contradiction équivaut à une absence de motifs.

Troisième branche

Dans ses conclusions devant la cour d'appel, la demanderesse avait d'une façon motivée critiqué le caractère « artificiel » de la distinction faite par le défendeur entre les modalités d'accès à Internet selon la vitesse à laquelle les données sont transmises : « un utilisateur qui accède à un service de transmission de données de type Internet, quelle qu'en soit la vitesse de transmission, fourni ou au moyen d'un raccordement à une infrastructure (cuivrée ou câblée), peut accéder et accède effectivement aux services de radiodiffusion et de télévision, connexions qui relèvent de la compétence des communautés ».

En analysant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, plus particulièrement l'arrêt du 6 novembre 2002 (n° 156/2002), relative au partage de compétences entre l'État fédéral et les communautés, la demanderesse avait souligné que « cette cour insiste à deux reprises sur le fait que (c)ette compétence n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission », « quelle que soit sa technique de diffusion », et que, « plus spécifiquement, (cette) cour ne fait (...) aucune distinction en ce qui concerne le débit du moyen de transmission ou de diffusion utilisé (par exemple, pas de distinction entre l'utilisation d'un 'bas débit' ou d'un 'haut débit', concepts auxquels [le défendeur] se réfère à plusieurs reprises dans ses conclusions ».

Selon la demanderesse, « [le défendeur] se trompe lorsque, dans ses conclusions, il tente systématiquement de faire une distinction entre un accès à Internet à 'bas débit' et à 'haut débit'. Un tel critère n'a cependant pas été utilisé dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, qui a notamment souligné que la technologie de diffusion n'importait pas ».

La demanderesse faisait valoir que « l'approche suivie par [le défendeur] méconnaît donc la réalité du caractère multifonctionnel des infrastructures d'accès, cuivrées et câblées, infrastructures qui sont communes aux divers services de téléphonie, de transmission de données et de radiodiffusion et de télédistribution ».

L'arrêt, qui, se prononçant sur les compétences de l'Etat fédéral et des communautés, relève que la décision [du défendeur] (1) « ne concerne pas l'infrastructure mise en place par les câblo-distributeur pour lesquels les communautés sont compétentes » et (2) « est limitée au bas débit », ne répond pas aux moyens précités invoqués en conclusions par la demanderesse et critiquant d'une façon motivée le caractère artificiel de la distinction fondée sur les modalités d'accès à Internet selon la vitesse de transmission des données et la méconnaissance dans l'approche par le défendeur du caractère multifonctionnel des infrastructures.

A défaut de réponse à ces moyens, l'arrêt n'est pas régulièrement motivé et il viole dès lors l'article 149 de la Constitution qui oblige le juge à motiver sa décision en répondant aux moyens qui lui ont été régulièrement soumis par les parties.

Quatrième branche.

L'arrêt estime qu'il n'y a pas de radiodiffusion au sens de la répartition des compétences au motif que la transmission n'aurait pas lieu « en temps réel ».

Enonçant et appliquant ce critère de la transmission « en temps réel », l'arrêt ne répond pas au moyen invoqué par la demanderesse dans ses conclusions d'appel selon lequel, suivant la jurisprudence de la Cour

constitutionnelle, aucune distinction ne pouvait être faite en ce qui concerne le débit du moyen de transmission ou de diffusion utilisé, la compétence n'étant pas liée à un mode déterminé de diffusion et la vitesse de la transmission n'important pas.

En l'absence de réponse à ce moyen, invoqué en conclusions, l'arrêt n'est pas régulièrement motivé et viole l'article 149 de la Constitution qui oblige le juge à motiver ses décisions, ce qui implique l'obligation de répondre aux moyens invoqués par les parties.

Cinquième branche

Dans la mesure où il fonde la décision relative à la compétence du défendeur sur les critères, visés ci-dessus dans les troisième et quatrième branches du moyen, soit, d'une part, la distinction entre un accès « à bas débit » et « à haut débit », et, d'autre part, le critère du « temps réel » de la transmission, l'arrêt applique des critères qui ne sont pas prévus par les règles de répartition de compétences invoquées en la première et la cinquième branche du moyen telles qu'elles doivent être interprétées, conformément notamment à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle invoquée dans les conclusions précitées de la demanderesse.

Appliquant ainsi des critères non prévus par ces dispositions et dont ils ne peuvent être légalement déduits, l'arrêt viole les articles 127, § 1^{er}, de la Constitution, 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et 14, § 2, 5°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, remplacé par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses.

Deuxième moyen

Dispositions légales violées

Article 149 de la Constitution

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt rejette le moyen par lequel la demanderesse faisait valoir que (le défendeur) ne pouvait imposer des « remèdes de gros » (relations entre fournisseurs) sur le « marché de détail » (relations entre un fournisseur et un utilisateur final), aux motifs qu' « il suffit par ailleurs de rappeler que, aux termes du considérant 108 des lignes directrices, des remèdes peuvent s'appliquer tant aux marchés de gros qu'aux marchés de détail et que ce n'est qu'en principe que les obligations relatives aux marchés de gros sont définies aux articles 9 à 13 de la directive 'accès' et celles relatives aux marchés de détail aux articles 17 à 19 de la directive 'service universel', ce qui n'exclut dès lors pas une dérogation ou une exception ».

Griefs

Dans ses conclusions d'appel, la demanderesse avait fait valoir que l'utilisation des termes « en principe » au paragraphe 108 des lignes directrices (de la Commission) « est directement liée à la structure de la directive 'accès' et n'a rien à voir avec ce que [le défendeur] affirme. Ces termes ont uniquement trait au fait qu'à titre exceptionnel, le régulateur peut déterminer et choisir de retenir une obligation de gros en dehors de la liste d'obligations explicitement prévue par la directive 'cadre' à condition de se soumettre aux dispositions de l'article 8, § 3, (de la directive 'accès') ».

La demanderesse développait son moyen sur la base d'une analyse de la structure de l'article 8 de la directive accès pour conclure que « seules des obligations de gros peuvent être imposées sur un marché de gros ».

L'arrêt, qui fonde le rejet du grief invoqué par la demanderesse sur l'utilisation dans les « lignes directrices » (de la Commission) des termes « en principe » sans répondre au moyen précité invoqué en conclusions expliquant d'une façon motivée comment il (ne) fallait (pas) interpréter ces termes, n'est pas régulièrement motivé et viole dès lors l'article 149 de la Constitution, qui oblige le juge à répondre aux moyens qui lui sont régulièrement soumis par les parties.

Troisième moyen

Dispositions légales violées

- *article 149 de la Constitution ;*
- *article 1138, 2°, du Code judiciaire ;*
- *article 61, § 1^{er}, 3°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ;*
- *principe général du droit dit principe dispositif ;*
- *principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ;*
- *principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt considère comme « légalement justifiée » l'obligation imposée par le défendeur à la [demanderesse], sur la base de l'article 61, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 13 juin 2005, de ne pas interrompre une prestation d'accès ou d'interconnexion pour le départ d'appel sans l'autorisation [du défendeur] ou

d'un tribunal lorsque cela cause un préjudice à l'opérateur qui a souscrit ce service.

Selon la cour d'appel :

« Outre que l'obligation est légalement justifiée, il ne peut être valablement contesté qu'une interruption des services peut entraîner pour l'opérateur alternatif des conséquences gravissimes allant jusqu'à l'élimination de cet opérateur.

Il n'est dès lors pas déraisonnable que [la demanderesse] ne puisse invoquer unilatéralement une exception d'inexécution, laquelle n'est d'ailleurs pas d'ordre public.

Par ailleurs, il convient de prendre avant tout en considération les intérêts des utilisateurs finals qui ont fait confiance à l'opérateur alternatif et qui risquent d'être privés de toute communication téléphonique pendant la durée de la procédure opposant [la demanderesse] à leur opérateur.

Les intérêts de [la demanderesse] sont en outre pris en compte puisqu'elle peut s'adresser au tribunal par la voie des procédures d'urgence ou d'extrême urgence ».

Griefs

Première branche

Dans ses conclusions d'appel, la demanderesse avait critiqué le caractère « absolu » de l'obligation imposée par le défendeur « de ne pas retirer ou interrompre 'sans l'autorisation [du défendeur] ou d'un tribunal' une prestation d'accès ou d'interconnexion pour le départ d'appel lorsque cela causerait un préjudice à l'opérateur ayant souscrit à ce service ».

La demanderesse avait fait valoir que, « si l'article 61, § 1^{er}, (de la loi du 13 juin 2005) prévoit qu'une entreprise dominante peut se voir imposer l'obligation de ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé, (...) encore faut-il que, dans le cas d'espèce dont il se saisit, [le

défendeur] puisse dûment justifier la nécessité d'imposer cette obligation supplémentaire en démontrant son caractère approprié et proportionné, conformément à l'article 16, § 4, de la directive 'cadre' et des critères précités, ce que la décision reste en défaut de faire ».

La demanderesse soulignait « que [le défendeur] ne tient aucunement compte des intérêts (légitimes) de la [demanderesse] et qu'il ne les a nullement pesés face aux désavantages dont il fait état dans le chef de l'autre opérateur concerné ».

Citant un exemple précis, elle démontrait « à quel point l'obligation imposée de manière absolue est disproportionnée et injustifiable ».

Selon la demanderesse, « en imposant l'obligation précitée, [le défendeur] méconnaît par ailleurs même les principes et les dispositions du Code civil et du droit des contrats et priverait la [demanderesse] de se prévaloir des droits qui lui sont ainsi reconnus ». Faisant valoir, à la suite d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 18 juin 2004, que « les accords d'interconnexion doivent être considérés comme des accords commercialement négociés et conclus auxquels le droit commun est applicable et plus spécifiquement que les conventions restent soumises au principe de la convention-loi », la demanderesse s'opposait à l'exclusion de l'exception d'inexécution « par la voie d'une décision [du défendeur] » qui « ne contient rien qui justifierait les dérogations spécifiques au droit commun ».

La demanderesse soulignait enfin « qu'il n'est même pas précisé dans quelles circonstances et sur la base de quels critères [le défendeur] serait disposé à accorder à la [demanderesse] l'autorisation 'requis' ». « Partant, [le défendeur] s'arroge, selon la demanderesse, un pouvoir exorbitant et inacceptable créant une insécurité juridique manifeste, ce pouvoir n'ayant pas de base juridique valable et [le défendeur] excédant ainsi manifestement ses pouvoirs ».

D'une façon motivée, la demanderesse avait ainsi fait valoir l'absence de justification dont l'interdiction précitée, imposée par le défendeur, était entachée.

Elle avait insisté, également d'une façon motivée, sur le caractère non approprié et disproportionné de l'interdiction « absolue » imposée ainsi que

sur l'absence de justification d'une exclusion, par la voie d'une décision [du défendeur], de l'exception de non-exécution des conventions ou accords d'interconnexion.

Ni par les motifs précités ni par d'autres motifs l'arrêt ne répond aux moyens précis et élaborés invoqués en conclusions par la demanderesse.

En raison de ce défaut de réponse, l'arrêt n'est pas régulièrement motivé et viole dès lors l'article 149 de la Constitution, qui oblige le juge à répondre aux moyens régulièrement invoqués devant lui par les parties.

Deuxième branche

L'arrêt considère qu'il n'est pas déraisonnable que [la demanderesse] ne puisse invoquer unilatéralement une exception d'inexécution, laquelle n'est d'ailleurs pas d'ordre public.

Comme il a été dit ci-dessus, la demanderesse avait en conclusions fait valoir d'une façon motivée qu'il n'était pas justifié d'exclure l'exception de non-exécution par la voie d'une décision [du défendeur].

De son côté, le défendeur n'avait dans ses conclusions pas abordé la question de l'application de l'exception de non-exécution.

En écartant d'office la possibilité pour la demanderesse d'invoquer l'exception d'inexécution, jugeant une telle exclusion non déraisonnable et en précisant que cette exception n'est pas d'ordre public, la cour d'appel a soulevé une contestation qui était exclue par les conclusions des parties.

Elle a ainsi violé le principe dispositif, qui interdit au juge de se fonder sur un motif étranger à l'ordre public, non invoqué par les parties, ainsi que l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, qui interdit au juge de statuer sur choses non demandées.

A tout le moins, en ne donnant pas aux parties, plus particulièrement à la demanderesse, la possibilité de faire valoir leurs moyens au sujet des motifs invoqués par l'arrêt pour justifier l'exclusion de l'exception de non-exécution,

l'arrêt méconnaît les droits de la défense de la demanderesse, dès lors, le principe général du droit assurant le respect de ces droits.

Troisième branche

Pour les raisons précisées sous les première et deuxième branches, invoquées par la demanderesse dans ses conclusions devant la cour d'appel, l'arrêt n'a pu dans le cas d'espèce considérer comme légalement justifiée l'obligation imposée par le défendeur à la demanderesse, sur la base de l'article 61, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 13 juin 2005, de ne pas interrompre une prestation d'accès ou d'interconnexion pour le départ d'appel sans l'autorisation du défendeur ou d'un tribunal ni légalement admettre que le défendeur pouvait exclure l'exception de non-exécution invoquée par la demanderesse.

En statuant de cette façon, l'arrêt viole l'article 61, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 13 juin 2005 ainsi que le principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Quant à la deuxième branche :

Il n'est pas contradictoire de constater, d'une part, que le défendeur rappelle dans sa décision qu'il existe trois types principaux d'accès au réseau téléphonique public, dont « l'accès Voice over Broadband (VOB) qui utilise la connexion d'accès haut débit d'Internet de l'utilisateur, ce type d'accès [pouvant] être fourni sur la paire de cuivre et sur les réseaux câblés », et de considérer, d'autre part, que « la décision attaquée ne concerne que [...] la transmission de la voix et de données à bas débit » et que « rien dans la

décision ne concerne l'infrastructure, constituée par les câbles de cuivre, le coaxial, les fibres optiques et les équipements de transmission de signaux électriques ».

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Quant aux première et cinquième branches réunies :

En vertu de l'article 127, § 1^{er}, de la Constitution et de l'article 4, 6^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et de télévision et le législateur fédéral demeure compétent pour les autres formes de télécommunication.

L'article 14, § 2, 5^o, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs postes et télécommunications, remplacé par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, dispose que le défendeur peut uniquement prendre des dispositions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques.

L'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doivent être réglés en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires.

L'arrêt considère, par les motifs vainement critiqués par la deuxième branche du moyen, que, « pour dire si [le défendeur] était ou non compétent pour prendre seul la décision attaquée, il convient [...] de vérifier si elle concerne l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part », que « la décision n'analyse pas les services [...], qui font l'objet d'une décision différente » et qu'« [elle] ne concerne pas l'infrastructure ».

Ces considérations suffisent à justifier la compétence du défendeur pour prendre seul la décision attaquée.

Le moyen, qui, en chacune de ces branches, critique des motifs surabondants de l'arrêt, est dénué d'intérêt et, partant, irrecevable.

Quant à la troisième branche :

L'arrêt considère qu'« il n'est pas possible, techniquement, de prester des services de radiodiffusion et de télévision avec l'accès analogique à 56 Kbp/s ou l'accès numérique à 64 Kbp/s ; qu'il résulte en effet des explications données par les parties lors des plaidoiries que ces services requièrent une transmission en continu » et que, « en toute hypothèse, [la demanderesse] ne démontré pas qu'il serait possible d'avoir accès à un service de télévision par le bas débit, ce que [le défendeur] conteste ; quant à la radiodiffusion, il est certes exceptionnellement possible d'écouter la radio au moyen d'une connexion Internet à bas débit mais dans ce cas on ne peut prétendre qu'il s'agit d'une transmission en temps réel d'un programme puisque les données sont stockées dans une mémoire tampon et ne sont lues que lorsqu'il y en a suffisamment, ce qui engendre un délai entre l'émission du signal et sa réception qui peut être plus ou moins long ».

L'arrêt répond ainsi aux conclusions de la demanderesse qui critiquait la distinction opérée par le défendeur entre les modalités d'accès à Internet selon la vitesse à laquelle les données sont transmises et reprochait au défendeur sa méconnaissance du caractère multifonctionnel des infrastructures d'accès.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Quant à la quatrième branche :

Il ressort de la réponse à la troisième branche du moyen que l'arrêt répond aux conclusions de la demanderesse en ce qui concerne la distinction pouvant être opérée selon le débit du moyen de transmission ou de diffusion utilisé et le mode de diffusion.

L'arrêt n'était pas tenu de répondre expressément à la référence à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle invoquée par le demandeur à l'appui de son moyen, qui ne constitue pas un moyen distinct.

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

Sur le deuxième moyen :

Pour conclure au caractère approprié des obligations ex ante imposées par le défendeur, l'arrêt considère qu'« il ne résulte d'aucune disposition qu'une autorité de régulation nationale ne puisse pas imposer un remède au niveau du gros pour réguler un marché de détail », que, « dans sa communication du 6 février 2006 sur les analyses de marché réalisées par les différentes autorités de régulation nationale, la Commission européenne a, au contraire, constaté que des remèdes effectifs au niveau du marché du gros contribuent au développement d'une concurrence durable sur les marchés avals de détail » et « qu'il s'en déduit que c'est à bon droit que [le défendeur] a privilégié des remèdes de gros ».

Il ajoute qu'« aux termes du considérant 108 des Lignes directrices, des remèdes peuvent s'appliquer tant aux marchés de gros qu'aux marchés de détail et que ce n'est qu'en principe que les obligations relatives aux marchés de gros sont définies aux articles 9 à 13 de la directive 'accès' et celles relatives aux marchés de détail aux articles 17 à 19 de la directive 'service universel', ce qui n'exclut dès lors pas une dérogation ou une exception ».

L'arrêt répond ainsi aux conclusions de la demanderesse qui soutenait que le défendeur ne pouvait imposer des remèdes de gros sur le marché de détail.

L'arrêt n'était pas tenu de répondre plus amplement au passage des conclusions de la demanderesse reproduit au moyen et dont elle déduisait que « seules des obligations de gros peuvent être imposées sur un marché de gros », le marché concerné étant un marché de détail.

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le troisième moyen :**Quant à la première branche :**

L'arrêt considère que

- l'interdiction de retirer ou d'interrompre une prestation d'accès ou d'interconnexion sans l'autorisation préalable du défendeur ou d'un tribunal, imposée à la demanderesse par le défendeur, est légalement justifiée ;

- une interruption des services peut entraîner pour l'opérateur alternatif des conséquences gravissimes allant jusqu'à l'élimination de cet opérateur ;

- il convient de prendre avant tout en considération les intérêts des utilisateurs finals qui ont fait confiance à l'opérateur alternatif et qui risquent d'être privés de toute communication téléphonique pendant la durée de la procédure opposant la demanderesse à leur opérateur ;

- les intérêts de la demanderesse sont en outre pris en compte puisqu'elle peut s'adresser à un tribunal par la voie des procédures d'urgence ou d'extrême urgence.

L'arrêt répond ainsi, en les contredisant, aux conclusions de la demanderesse qui soutenait que l'interdiction litigieuse n'était ni justifiée ni proportionnée.

L'arrêt n'était pas tenu de répondre plus amplement aux arguments reproduits au moyen et ne constituant pas des moyens distincts.

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

Quant à la deuxième branche :

La demanderesse faisait valoir en conclusions qu'« on se demande vainement pourquoi par exemple l'exceptio non adimpleti contractus pourrait être exclue par la voie d'une décision du [défendeur] ».

L'arrêt répond à ce passage des conclusions de la demanderesse « qu'une interruption des services peut entraîner pour l'opérateur alternatif des conséquences gravissimes allant jusqu'à l'élimination de cet opérateur » et qu' « il n'est dès lors pas déraisonnable que [la demanderesse] ne puisse invoquer une exception d'inexécution, laquelle n'est d'ailleurs pas d'ordre public ».

Le moyen qui, en cette branche, soutient que l'arrêt écarte d'office la possibilité pour la demanderesse d'invoquer l'exception d'inexécution, manque en fait.

Par ailleurs, la considération de l'arrêt selon laquelle l'exception d'inexécution n'est pas d'ordre public est surabondante.

Dans la mesure où il critique cette considération, le moyen, en cette branche, est dénué d'intérêt et, partant, irrecevable.

Quant à la troisième branche :

Aux termes de l'article 61, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, les opérateurs peuvent se voir imposer par le défendeur « de ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé ».

Par les motifs vainement critiqués par la première et par la deuxième branche du moyen, l'arrêt décide, sans violer cette disposition, que l'interdiction de retirer ou d'interrompre une prestation d'accès ou d'interconnexion pour le départ d'appel sans l'autorisation préalable du défendeur ou d'un tribunal, lorsque cela cause un préjudice à l'opérateur qui a souscrit ce service, est légalement justifiée.

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Pour le surplus, les principes généraux du droit ne peuvent être appliqués par le juge dans une cause déterminée lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté du législateur.

Dans la mesure où il invoque la violation du principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques en lui conférant une interprétation contraire à l'article 61, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 13 juin 2005, le moyen en cette branche, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de cinq cent dix-huit euros cinquante-deux centimes envers la partie demanderesse et à la somme de cent quatre euros trente-six centimes envers la première partie défenderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président Christian Storck, les conseillers Didier Batselé, Albert Fettweis, Martine Regout et Alain Simon, et prononcé en audience publique du quatre décembre deux mille neuf par le président Christian Storck, en présence de l'avocat général Thierry Werquin, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

A. Simon

M. Regout

A. Fettweis

D. Batselé

Chr. Storck

