

23 AVRIL 2009

me Gérard  
C.06.0296.F/1

78.

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

4774

## Cour de cassation de Belgique

### Arrêt

N° C.06.0296.F

**MOBISTAR**, société anonyme dont le siège social est établi à Evere, rue  
Colonel Bourg, 149,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Cécile Draps, avocat à la Cour de cassation, dont le  
cabinet est établi à Liège, rue de Chaudfontaine, 11, où il est fait élection de  
domicile,

**contre**

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

défenderesse 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,

**2. INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS**, personne morale de droit public dont le siège est établi à Saint-Josse-ten-Noode, avenue de l'Astronomie, 14, défendeur en cassation,

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

#### **I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 9 décembre 2005 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le conseiller Christine Matray a fait rapport.

L'avocat général délégué Philippe de Koster a conclu.

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

La demanderesse présente deux moyens dont le premier est libellé dans les termes suivants :

##### *Dispositions légales violées*

- articles 1101, 1108, 1119, 1122, 1134, 1349 et 1353 du Code civil ;

- articles 2, 15 à 18 et 812 du Code judiciaire ;

- articles 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges avant sa modification par la loi du 6 juillet 2005 ;

- articles 71, 106, § 1<sup>er</sup>, et 108bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques et économiques telle qu'elle a été modifiée par la loi du 2 janvier 2001 mais avant sa modification par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ;

- articles 2, 3 et 4 du règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale ;

- articles 9, 12.1.a) et 13.1. de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») et l'annexe II ;

- articles 7.3., 9.2. et 9.3. de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) ;

- article 4.1. de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») ;

- articles 6ter, 6quinquies et 6sexies, de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et de l'exploitation de réseaux publics de télécommunications, insérés par l'article 2 de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 ;

- article 149 de la Constitution.

### **Décisions et motifs critiqués**

*L'arrêt décide que la demanderesse n'est pas habilitée à intervenir dans la procédure sur le recours au principal, ni pour prendre fait et cause pour [le défendeur] ni pour postuler agressivement l'annulation de la décision entreprise sur certains autres points, et dit en conséquence son intervention*

*volontaire irrecevable, pour tous ses motifs réputés ici intégralement reproduits.*

### **Griefs**

#### **Première branche**

*Aux termes de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et les traitements des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, avant sa modification par la loi du 6 juillet 2005, les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, [le défendeur], peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé (article 2), les dispositions du Code judiciaire étant applicables à l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant cette cour (article 3).*

*Les articles 15, 16 et 812 du Code judiciaire prévoient que l'intervention qui tend à la sauvegarde des intérêts de l'intervenant ou de l'une des parties en cause peut « avoir lieu devant toutes les juridictions, quelle que soit la forme de la procédure ». L'intérêt à agir, visé aux articles 17 et 18 du même code, s'entend de tout avantage, matériel ou moral, effectif mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme. Cet intérêt doit être légitime, concret, personnel et direct, né et actuel mais il n'est pas requis que le demandeur ait déjà subi un dommage. Il faut mais il suffit que l'issue du litige où il est fait intervention puisse affecter la détermination, le cas échéant dans le cadre d'une autre procédure, des droits et obligations du demandeur en intervention.*

*A fortiori en va-t-il de même si l'on doit considérer que le recours dont la cour d'appel de Bruxelles est saisie en pleine juridiction sur la base de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 précitée est, nonobstant la pleine juridiction attribuée à la cour d'appel, un recours objectif contre une décision*

*administrative dès lors que les tiers qui tirent un avantage de la décision ainsi entreprise doivent pouvoir appuyer l'argumentation de l'autorité en vue de défendre leurs intérêts propres.*

*L'intervention « agressive » suppose quant à elle le même intérêt que celui qui serait requis pour l'exercice d'un recours principal contre la décision [ du défendeur] en cause.*

*En l'espèce, la demanderesse est intervenue à la cause pour soutenir la décision [du défendeur] imposant à la [défenderesse] de modifier certains points de son offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale (Bruo 2004) et pour demander l'annulation et la réformation de cette décision sur certains autres points.*

*Le règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale prévoit :*

*« Article 3*

*Fourniture d'un accès dégroupé*

*1. Les opérateurs notifiés publient à partir du 31 décembre 2000 et tiennent à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à leur boucle locale et aux ressources connexes, qui inclut au minimum les éléments énumérés dans l'annexe. L'offre est suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources du réseau qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services et contient une description des éléments de l'offre et des modalités, conditions et tarifs qui y sont associés.*

*2. A partir du 31 décembre 2000, les opérateurs notifiés accèdent à toute demande raisonnable des bénéficiaires visant à obtenir un accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires. Les demandes ne peuvent être rejetées que sur la base de critères objectifs afférents à la faisabilité technique ou à la nécessité de préserver l'intégrité du réseau. Si l'accès est refusé, la partie lésée peut soumettre le cas aux procédures de règlement des litiges visées à l'article 4, § 5. Les opérateurs notifiés fournissent aux*

*bénéficiaires des ressources équivalentes à celles qu'ils fournissent à leurs propres services ou à des entreprises qui leur sont associées, dans les mêmes conditions et délais.*

*3. Sans préjudice de l'article 4, § 4, les opérateurs notifiés orientent les tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes en fonction des coûts ».*

*Le « bénéficiaire » au sens de cette disposition est, en vertu de l'article 2, b), dudit règlement, « une tierce partie dûment autorisée, conformément à la directive 97/13/CE, ou habilitée à fournir des services de télécommunications en vertu de la législation nationale, et qui remplit les conditions nécessaires pour bénéficier d'un accès dégroupé à la boucle locale » tandis que l'« opérateur notifié » est « un opérateur de réseau téléphonique public fixe qui a été désigné par les autorités réglementaires nationales comme puissant ». Il n'était pas contesté que la [défenderesse] est en l'espèce l'opérateur notifié et la [demanderesse] un bénéficiaire au sens de ces dispositions.*

*L'article 4 du même règlement, relatif à la surveillance par l'autorité réglementaire nationale, prévoit :*

*« 1. L'autorité réglementaire nationale veille à ce que la tarification de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable.*

*2. L'autorité réglementaire nationale est habilitée :*

*a) à imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées ».*

*Ces obligations imposées aux opérateurs notifiés et le pouvoir de surveillance par l'autorité réglementaire nationale sont justifiées par les considérations que : « Bien que la négociation commerciale soit la méthode préférée pour parvenir à un accord sur les aspects techniques et tarifaires de la boucle locale, l'expérience montre que, dans la plupart des cas, une intervention réglementaire s'avère nécessaire en raison du déséquilibre existant entre le pouvoir de négociation du nouvel arrivant et celui de l'opérateur notifié et de l'absence de solution de rechange. Dans certaines*

*circonstances, les autorités réglementaires peuvent, conformément à la législation communautaire, intervenir de leur propre initiative pour assurer une concurrence équitable ainsi que l'efficacité économique et des avantages maximaux pour les utilisateurs finals. En cas de non-respect des délais par l'opérateur notifié, le bénéficiaire devrait recevoir une indemnité » (considérant 10) et « les opérateurs notifiés devraient fournir aux tiers des informations et un accès dégroupé en leur garantissant des conditions et une qualité identiques à celles qu'ils appliquent pour leurs propres services ou pour les entreprises qui leur sont associées » (considérant 12).*

*Les articles 106, § 1<sup>er</sup>, et 108bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques et économiques, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 2 janvier 2001 mais avant sa modification par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, prévoit les mêmes obligations pour l'opérateur notifié (en précisant les délais) et les mêmes pouvoirs pour [le défendeur].*

*L'article 6ter de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunication prévoit que tout opérateur notifié satisfait aux conditions relatives au dégroupage de l'accès à la boucle locale imposée par les règlements européens en la matière. L'article 6quinquies précise que les tarifs concernant le dégroupage et l'accès à la boucle locale tiennent compte des coûts du réseau existant et des coûts effectués pour permettre le dégroupage. Enfin, l'article 6sexies prévoit que [le défendeur] peut effectuer une consultation publique au sujet de l'offre de référence parmi les personnes concernées et surtout que « la partie qui souhaite le dégroupage de l'accès à la boucle locale peut donner suite à l'offre de référence dès que celle-ci est publiée » (§ 2), l'offre de référence étant valable pour l'année civile et l'opérateur notifié souhaitant apporter des modifications à cette offre pendant l'année civile en cours devant demander préalablement l'accord [du défendeur] (§ 3).*

*La directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) prévoit quant à elle, en son*

article 7.3., que : « les autorités réglementaires nationales veillent à la publication, conformément à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, d'une offre d'interconnexion de référence. L'offre d'interconnexion de référence comprend une description des offres d'interconnexion réparties en divers éléments selon les besoins du marché et les modalités et conditions correspondantes, y compris la tarification.

Plusieurs tarifs, modalités et conditions différents d'interconnexion peuvent être fixés pour diverses catégories d'organismes qui sont autorisés à fournir des réseaux et des services, lorsque ces différences peuvent objectivement se justifier sur la base du type d'interconnexion fournie et/ou des conditions d'octroi de licences nationales concernées. Les autorités réglementaires nationales veillent à ce que ces différences ne conduisent pas à des distorsions en matière de concurrence et, en particulier, que l'organisme applique les tarifs ainsi que les modalités et les conditions d'interconnexion correspondants lorsqu'il fournit une interconnexion pour ses propres services ou ceux de ses filiales ou partenaires, conformément à l'article 6, a).

L'autorité réglementaire nationale a la faculté d'imposer des modifications de l'offre d'interconnexion de référence, lorsque ces dernières sont justifiées.

L'annexe IV fournit une liste d'exemples d'éléments entrant ultérieurement dans l'élaboration des redevances d'interconnexion, des structures tarifaires et des éléments de tarification. Lorsqu'un organisme procède à des modifications de l'offre d'interconnexion de référence publiée, les adaptations requises par l'autorité réglementaire nationale peuvent avoir un effet rétroactif, à partir de la date d'introduction de la modification ».

L'article 9.2. de la même directive 97/33/CE précise que les conditions générales fixées préalablement par l'autorité réglementaire nationale sont publiées conformément à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, et que les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir à tout moment de leur propre initiative, et interviennent à la demande d'une des parties, afin de définir les questions qui doivent être couvertes par un accord d'interconnexion ou de fixer les

*conditions spécifiques que doivent respecter une ou plusieurs parties à un tel accord (9.3.).*

*La directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), soit le nouveau cadre réglementaire, prévoit que « les autorités réglementaires nationales peuvent, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations de transparence concernant l'interconnexion et/ou l'accès en vertu desquelles les opérateurs doivent rendre publiques des informations bien définies, telles que les informations comptables, les spécifications techniques, les caractéristiques du réseau, les modalités et conditions de fourniture et d'utilisation et les prix » (art. 9.1.). « En particulier, lorsqu'un opérateur est soumis à des obligations de non-discrimination, les autorités réglementaires nationales peuvent lui imposer de publier une offre de référence qui soit suffisamment détaillée pour garantir que les entreprises ne sont pas tenues de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé, comprenant une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des modalités et conditions correspondantes, y compris des prix. L'autorité réglementaire nationale est habilitée, entre autre, à imposer des modifications aux offres de référence afin de donner effet aux obligations imposées au titre de la présente directive » (article 9.2.). Lorsqu'un opérateur est soumis à des obligations au titre de l'article 12 concernant l'accès dégroupé aux boucles locales à paire torsadée métallique, les autorités réglementaires nationales veillent à la publication d'une offre de référence comprenant au moins les éléments figurant à l'annexe II (article 9.4.), laquelle annexe vise les conditions associées au dégroupage de l'accès à la boucle locale, les services de colocalisation, les systèmes d'information et les conditions de fourniture et, notamment, les délais de réponse aux demandes de fourniture de services et de ressources, les accords sur le niveau du service, la résolution des problèmes, les procédures de retour au service normal et les paramètres de qualité de services (D.1), les conditions contractuelles types, y compris, le cas échéant, les indemnités*

*prévues en cas de non-respect des délais (D.2) et les prix ou les modalités de tarification de chaque service, fonction et ressource (D.3).*

*L'article 4 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») prévoit que « les Etats membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Cet organisme, qui peut être un tribunal, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions. Les Etats membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace ». Il incombe à l'organisme de recours, dans le cadre de la procédure dont il est saisi, de prendre les mesures appropriées pour établir un équilibre entre les exigences d'une protection juridique effective et le respect du secret des affaires et de garantir le traitement confidentiel des données en cause dans le cadre de la procédure dont il est saisi en adoptant des mesures appropriées.*

*Il se déduit des dispositions tant communautaires que nationales prises en matière de télécommunication rappelées ci-dessus que l'offre de référence que l'opérateur notifié est tenu de publier, en ce compris les modifications imposées par [le défendeur], fixe les conditions minimales de l'accès à la boucle locale, que tout bénéficiaire, au sens de l'article 2 du règlement 2887/2000, peut donner suite à cette offre dès qu'elle est publiée (article 6sexies, § 2, de l'arrêté royal du 22 juin 1998) ou, en d'autres termes, accepter celle-ci en sorte que le contrat à l'accès soit noué aux conditions qui y sont fixées.*

*Ladite offre, avec les modifications imposées, produit ainsi les effets juridiques de toute offre, conformément au droit commun des articles 1101, 1108, 1119, 1122 et 1134 du Code civil, dans le chef de chacun des bénéficiaires et les décisions [du défendeur] relatives à cette offre, le cas échéant pour la modifier, affectent directement sa situation.*

*En outre, tout bénéficiaire a, à tout le moins, et sous réserve de la garantie de confidentialité qui protège certaines informations relevant du secret des affaires, un droit subjectif à ce que cette offre de référence, qui détermine les conditions contractuelles, soit établie avec loyauté dans le respect des obligations de transparence, d'équité et de non-discrimination et à ce que le contrôle que [le défendeur], et ensuite la cour d'appel, sont habilités à exercer à cet égard soit effectivement réalisé dès lors que les obligations relatives à la transparence des modalités des conditions d'accès et d'interconnexion, ainsi qu'à la tarification, ont été imposées dans le but d'éviter les litiges et d'assurer aux acteurs du marché que les conditions dans lesquelles un service précis leur est fourni ne sont pas discriminatoires.*

*Lorsque la législation nationale prévoit que l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale, visée aux articles 3 et 4 du règlement (CE) 2887/2000, lie l'opérateur notifié en ce sens qu'il doit, au minimum, accorder l'accès aux conditions reprises à cette offre à tout bénéficiaire, visé à l'article 2 dudit règlement, qui « y donne suite », chacun de ces bénéficiaires, est « affecté », au sens de l'article 4 de la directive « cadre » précitée, par la décision de l'autorité réglementaire nationale relative à ladite offre, le cas échéant pour y imposer des modifications, en sorte que la législation nationale doit lui permettre d'introduire contre pareille décision un recours efficace.*

*Les articles 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges, et les dispositions du Code judiciaire auxquelles cette loi renvoie, n'interdisent nullement l'exercice de pareil recours. Ils doivent en outre être interprétés de manière à être compatibles avec l'article 4 de la directive « cadre » (CE) 2002/21 qui prévoit qu'un recours efficace auprès d'un organisme indépendant des parties doit être ouvert à toute entreprise qui fournit des réseaux ou des services de communications électroniques et qui est affectée par une décision prise par une autorité réglementaire nationale. En outre, les règles communautaires et nationales applicables à l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale et audit accès n'imposent nullement que l'intérêt à agir soit apprécié à des conditions plus restrictives que celles exigées par les articles 17 et 18 du Code judiciaire, la nature du*

*recours entraînant au contraire que lesdites conditions soient appréciées de manière moins restrictive.*

*Il s'en déduit que tout bénéficiaire visé à l'article 2,b), du règlement (CE) n° 2887/2000 pouvant donner suite à l'offre de référence dès qu'elle est publiée justifie d'un intérêt légitime, personnel et direct, certain et actuel, au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire, à intervenir dans la procédure prévue à l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 où il est statué sur le recours introduit par l'opérateur notifié contre la décision [du défendeur] imposant de modifier sur certains points l'offre de référence tant à titre conservatoire que pour demander la réformation de ladite décision.*

*L'arrêt, qui décide que la demanderesse n'est pas habilitée à intervenir dans la procédure, n'est pas légalement justifié (violation de toutes les dispositions visées au moyen à l'exception des articles 1349 et 1353 du Code civil et 149 de la Constitution).*

### ***Deuxième branche***

*Ainsi qu'il ressort de la première branche du moyen, considérée ici comme intégralement reproduite, l'article 6sexies de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et de l'exploitation de réseaux publics de télécommunications prévoit, en disposant que toute partie peut donner suite à l'offre de référence dès qu'elle est publiée, que ladite offre emporte des effets contraignants et lie l'opérateur puissant dès qu'elle est acceptée. Il se déduit de l'article 3 du règlement (CE) 2887/2000 que l'offre de référence a pareil effet contraignant et si l'article 6sexies de l'arrêté royal du 22 juin 1998 précité devait être interprété en ce sens que l'offre de référence n'a pas l'effet contraignant de toute offre dont l'acceptation fixe, entre les parties, les conditions de l'accès, il serait inconciliable avec l'article 3 du règlement 2887/2000 et devrait être écarté.*

*Il convient, à tout le moins, de poser à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle suivante : « L'article 3 du règlement (CE) 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18*

décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale doit-il être interprété en ce sens que l'offre de référence d'un opérateur puissant pour l'accès dégroupé à sa boucle locale et aux ressources connexes a un effet contraignant pour cet opérateur en ce sens que l'acceptation de l'offre par un bénéficiaire, au sens de l'article 2 dudit règlement, entraîne que sont fixées entre ces parties les conditions de l'accès reprises à l'offre ».

### *Troisième branche*

Ainsi qu'il ressort de la première branche du moyen considérée ici comme intégralement reproduite, l'article 4 de la directive « cadre » 2002/21/CE impose aux Etats membres de permettre à toute entreprise qui fournit des réseaux ou des services de communications électroniques d'introduire un recours efficace contre une décision de l'autorité réglementaire nationale qui l'affecte.

S'il fallait considérer que les articles 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 précitée et les dispositions du Code judiciaire auxquelles cette loi renvoie doivent être interprétés en ce sens que le bénéficiaire visé à l'article 2 du règlement (CE) 2887/2000 n'est pas habilité à former un recours ou à intervenir dans la procédure où est examiné un recours contre une décision du [défendeur] relative aux conditions de l'offre de référence de l'opérateur désigné comme puissant, ils seraient inconciliables avec l'article 4 de la directive « cadre » 2002/21/CE.

A tout le moins, il conviendrait de poser à la Cour de justice des communautés européennes la question préjudicielle suivante :

« L'article 4 de la directive « cadre » (CE) 2002/21 doit-il être interprété en ce sens qu'il impose aux Etats membres de permettre à tout « bénéficiaire » visé à l'article 2, b), du règlement (CE) 2887/2000 d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties contre la décision de l'autorité réglementaire nationale relative aux conditions de l'offre de référence de l'opérateur désigné comme puissant pour l'accès dégroupé à sa

*boucle locale et aux ressources connexes, visée aux articles 3 et 4 du même règlement, ou d'intervenir dans pareille procédure? ».*

#### *Quatrième branche*

*Après avoir admis que « dans l'hypothèse où il y aurait lieu de conclure au caractère purement théorique de la faculté de négocier des conditions particulières d'accès, il faudrait constater que l'offre de référence produit en pratique des effets obligatoires en ne laissant pas aux parties à un contrat d'accès une marge de manœuvre suffisante » et que « dans ce cas, la décision entreprise devrait être considérée comme produisant, à elle seule, des effets sur la situation juridique de [la demanderesse] qui pourrait alors prétendre être affectée directement et individuellement par la décision entreprise et être concernée de la même manière par la décision de la cour [d'appel] sur le recours principal », l'arrêt considère « que le contexte juridique dans lequel l'intervention [du défendeur] prend place ne permet pas une telle conclusion ».*

*Cette considération est déduite de ce « qu'en imposant aux opérateurs notifiés puissants l'obligation de publier une offre de référence sous le contrôle des autorités réglementaires nationales, le législateur européen a entendu encourager la méthode de la négociation commerciale et non l'écartier, tout en mettant en place un mécanisme qui permet de corriger le déséquilibre pouvant résulter de la puissance de négociation de l'opérateur qui possède l'infrastructure ; (que) par ailleurs, le règlement n°2887/2000 crée en faveur des bénéficiaires des droits subjectifs que ceux-ci peuvent faire valoir en cas de litige sur les conditions de l'accès ; (qu')il résulte de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges que [la demanderesse] peut déférer au Conseil de la concurrence tout refus [de la défenderesse] de lui fournir l'accès dégroupé à la boucle locale ou toute décision de [la défenderesse] de lui fournir l'accès à des conditions ne répondant pas aux critères définis par le législateur européen et le législateur national ; (qu') enfin, il importe encore de relever que ni le règlement n° 2887/2000 ni la loi nationale n'habilitent les bénéficiaires à intervenir dans le cadre de la*

*procédure d'examen de l'offre de référence soumise au contrôle [du défendeur], notamment pour faire constater la violation par l'opérateur puissant de ses obligations ; (que) cette faculté leur aurait été logiquement donnée si l'offre de référence devait régir à elle seule les conditions et modalités de l'accès ».*

*Ce faisant, l'arrêt, qui n'examine nullement si la faculté de négocier des conditions particulières d'accès existaient eu égard aux caractéristiques du marché, déduit cette faculté d'éléments qui ne sont pas susceptibles de la justifier, soit le fait que le législateur communautaire n'a pas exclu la faculté de négociation commerciale ou l'existence d'un recours devant le Conseil de la concurrence ou la procédure d'examen de l'offre, et méconnaît, partant, la notion légale de présomption (violation des articles 1349 et 1353 du Code civil).*

*En outre, par aucune considération, l'arrêt ne rencontre les conclusions de la demanderesse qui contestait qu'il existât en l'espèce une quelconque faculté pratique de négocier des conditions particulières d'accès en faisant valoir que la [défenderesse] n'avait jamais accordé à un opérateur alternatif, pour la fourniture d'un service d'accès, des conditions financières plus avantageuses que celles reprises dans l'offre de référence, en sorte qu'elle était mal venue de prétendre qu'il serait loisible à la demanderesse de contracter à d'autres conditions. Il n'est, partant, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).*

### **III. La décision de la Cour**

**Sur le premier moyen :**

**Quant à la première branche :**

**Sur la fin de non-recevoir opposée par la défenderesse au moyen, en cette branche, et déduite de son imprécision :**

Il ressort avec une suffisante précision de sa rédaction qu'en faisant grief à l'arrêt attaqué de décider que la demanderesse n'est pas habilitée à intervenir dans la procédure opposant les parties défenderesses, le moyen, en cette branche, soutient qu'à peine d'être violées, les dispositions légales visées doivent être interprétées différemment.

Le fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

**Sur le fondement du moyen, en cette branche :**

En vertu des articles 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du même jour relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, avant sa modification par la loi du 6 juillet 2005, les décisions du défendeur peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé, le Code judiciaire étant applicable à l'ensemble des aspects de cette procédure.

Conformément aux articles 15, 16 et 812 du Code judiciaire, un tiers peut intervenir dans une procédure pour assurer la sauvegarde de ses intérêts.

En vertu de l'article 4.1. de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire

commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dite directive « cadre », les Etats membres doivent permettre à tout fournisseur des réseaux ou services précités, affecté par une décision émanant d'une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours effectif auprès d'un organisme indépendant, qui peut être un tribunal.

Par l'arrêt rendu le 21 février 2008 dans l'affaire C-426/05, la Cour de justice des Communautés européennes a répondu, dans les termes suivants, à une question préjudicielle portant, à propos d'une procédure d'analyse de marché, sur l'interprétation des articles 4 et 16 de la directive :

« 1) La notion d'utilisateur ou d'entreprise 'affecté(e)' au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive 'cadre'), ainsi que celle de partie 'concernée' au sens de l'article 16, paragraphe 3, de cette directive doivent être interprétées comme pouvant viser non seulement une entreprise (précédemment) puissante sur le marché pertinent qui fait l'objet d'une décision d'une autorité réglementaire nationale prise dans le cadre d'une procédure d'analyse de marché visée à l'article 16 de la même directive et qui en est destinataire, mais également les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une telle entreprise qui ne sont pas eux-mêmes destinataires de cette décision, mais qui sont défavorablement affectés dans leurs droits par celle-ci .

2) Une disposition de droit national qui, dans le cadre d'une procédure non contentieuse d'analyse de marché, ne reconnaît la qualité de partie qu'aux entreprises (précédemment) puissantes sur le marché pertinent à l'égard desquelles des obligations réglementaires spécifiques sont imposées, modifiées ou supprimées n'est pas, en principe, contraire à l'article 4 de la directive 2002/21. Toutefois, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que le droit procédural interne assure la sauvegarde des droits que tirent de l'ordre juridique communautaire les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une entreprise (précédemment) puissante sur le marché pertinent d'une manière qui ne soit pas moins favorable qu'en ce qui concerne la sauvegarde des droits comparables de nature interne et qui ne nuise pas à l'efficacité de la protection

juridique desdits utilisateurs et desdites entreprises garantie à l'article 4 de la directive 2002/21 ».

Il se déduit de cette décision que le recours prévu par l'article 4.1 de la directive « cadre » est ouvert non seulement à l'opérateur puissant mais également à l'opérateur alternatif et que le juge national doit vérifier que le droit procédural interne assure la sauvegarde des droits que puise, dans l'ordre juridique communautaire, cette entreprise concurrente de la première.

L'opérateur alternatif peut dès lors intervenir devant la cour d'appel saisie du recours introduit par l'opérateur puissant. Contrairement à ce que l'arrêt attaqué décide, la recevabilité de cette intervention n'est pas subordonnée à la démonstration, par le requérant, qu'il est concerné directement et individuellement par la décision du défendeur.

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, est fondé.

**Par ces motifs,**

La Cour

Casse l'arrêt attaqué ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause devant la cour d'appel de Bruxelles autrement composée.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient les présidents de section Jean de Codt et Paul Mathieu, les conseillers Didier Batselé, Albert Fettweis et Christine Matray, et prononcé en audience publique du vingt-trois avril deux mille neuf par le président de section Jean de Codt, en présence de l'avocat général délégué Philippe de Koster, avec l'assistance du greffier Marie-Jeanne Massart.

