

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2004/AR/3048

R. n° : 2006/ 8253

N° : 2644

**Arrêt interlocutoire**  
*Réouverture des débats*  
au 15.12.2006.

Télécommunications –  
décision de l'IBPT -  
intervention d'une  
entreprise tierce non-  
destinataire de la  
décision – recevabilité -  
conditions

14 -12- 2006

**EN CAUSE DE :**

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

Requérante,

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

**CONTRE :**

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

Partie adverse,

Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24,

**EN PRESENCE DE :**

**MOBISTAR**, société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 149, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,

Intervenante volontaire,

représentée par Maîtres Alexandre Verheyden et Sébastien Champagne, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165,

plaideur : Maître S. Champagne.

## I.- DECISION ATTAQUEE

Le recours est dirigé contre la décision du Conseil de l'IBPT du 12 novembre 2004 concernant l'offre de référence de BELGACOM pour l'accès à un débit binaire, version 2005 - BROBA 2005.

## II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

Le recours est formé par requête déposée par BELGACOM au greffe de la cour, le 13 décembre 2004.

Par requête déposée au greffe de la cour le 1<sup>er</sup> mars 2005, MOBISTAR intervient volontairement.

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

## III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. En exécution de l'article 6 septies, octies et nonies de l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et de l'exploitation de réseaux de télécommunications, BELGACOM, qui est un opérateur de réseau téléphonique public fixe qui a été désigné comme *puissant*, est tenue de publier et de tenir à jour une offre de référence pour l'accès à un débit binaire, permettant ainsi aux autres opérateurs d'entrer en concurrence avec elle et d'atteindre les utilisateurs finals.

Les 27 juin et 8 juillet 2003, BELGACOM et MOBISTAR concluent une convention aux termes de laquelle BELGACOM s'engage à offrir des services d'accès à l'Internet à haut débit. Ce service se différencie du BRUO en ce qu'il permet uniquement aux opérateurs alternatifs de proposer à leurs clients un service de transport de données à haut débit (ADSL et SDSL), mais pas un service de téléphonie vocale. L'accès à un débit binaire implique un surcoût par rapport à l'offre BRUO.

Il est exposé dans cette convention que BELGACOM a publié une offre de référence, dénommée *Belgacom Reference Offer for Bitstream Acces* (en abrégé BROBA) qui a été approuvée par les autorités belges compétentes et que (traduction) :

14 -12- 2006

- *La convention contient les annexes (...) décrites ci-après dont, pour la partie 1, le BROBA 2 et pour la partie 2 le BROBA 2- SDSL (article 1.1.2)*
- *En cas de conflit entre le BROBA applicable et la présente convention, le BROBA applicable à ce moment prévaudra sauf s'il en est convenu autrement ... (article 1.2.1)*
- *A l'exception de ce qui a été convenu dans cette convention ou ses annexes, tous amendements ou modifications à cette convention ne seront uniquement valables que s'ils ont été dûment acceptés par écrit...(article 9.1.1)*
- *Sans préjudice du droit de chaque partie de résilier un ou plusieurs services d'accès au débit binaire, comme prévu à la section 2, cette convention est conclue pour une durée indéterminée, si elle n'a pas été remplacée par un nouveau cadre régulateur contractuel, approuvé par l'IBPT, dans le cadre du BROBA 2001 (article 10.1.1)*
- *Cette convention peut être résiliée par chaque partie moyennant un préavis adressé 12 mois à l'avance, sans préjudice des droits garantis à MOBISTAR par le cadre régulateur (article 10.1.2).*

2. Le 15 septembre 2004, BELGACOM adresse à l'IBPT son projet de BROBA pour l'année 2005. L'IBPT place celui-ci sur son site en vue d'une consultation du marché, le 24 septembre 2004. Plusieurs opérateurs, dont MOBISTAR, font valoir leur point de vue.

Le 12 novembre 2004, l'IBPT prend la décision attaquée aux termes de laquelle il impose à BELGACOM de modifier certains points de son offre pour 2005. L'IBPT décide également de modifier les tarifs proposés par BELGACOM.

3. BELGACOM introduit un recours contre cette décision qu'elle demande d'annuler.

MOBISTAR intervient volontairement. Elle demande à la cour :

- de joindre cette cause avec celle portant le n° du R.G. 2004/AR/3031 dans laquelle elle a, elle-même, introduit un recours principal contre la même décision de l'IBPT ;
- d'écartier des débats les conclusions de BELGACOM relatives aux arguments de fond ;
- de déclarer le recours de BELGACOM irrecevable ;
- d'ordonner à BELGACOM de lui communiquer ses conclusions au fond ainsi que son dossier de pièces ;
- de lui permettre de conclure au fond après avoir pris connaissance de ces pièces.

14 -12- 2006

#### **IV.- DISCUSSION**

##### **1.- Sur la recevabilité de l'intervention de MOBISTAR**

4. De l'accord des parties, le débat est limité, avant dire droit plus avant, à la recevabilité de l'intervention de MOBISTAR qui est contestée par BELGACOM.

##### **a.- Sur la notion d'intérêt**

5. L'article 2 de la loi du 17 janvier 2003, dans sa version applicable à l'époque de l'introduction du recours, dispose que les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé.

Aux termes de l'article 3 de cette loi, le Code judiciaire est d'application pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles.

L'article 16 du Code judiciaire dispose que l'intervention est volontaire lorsque le tiers se présente afin de défendre ses intérêts. Les articles 17 et 18 de ce même code précisent, quant à eux, qu'une action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former et que l'intérêt à agir doit être né et actuel.

L'intérêt au sens de ces dispositions doit être personnel et direct, un intérêt général ne constituant pas un intérêt personnel (Cass., 19 novembre 1982, Pas., 1983, I, 338).

6. L'article 2 du Code judiciaire prévoit cependant que les règles énoncées dans ce Code ne s'appliquent pas lorsque les procédures sont régies par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code.

En l'espèce, la cour doit appliquer les dispositions du Code judiciaire, et particulièrement les articles 17 et 18 précités, en tenant compte d'une part du fait que le recours organisé par la loi du 17 janvier 2003 présente un caractère objectif vu la nature de l'acte attaqué et d'autre part de l'absence de lien d'instance entre les parties avant l'introduction du recours (Bruxelles, 18 juin 2004, 14 octobre 2004, et 15 octobre 2004 publiés sur le site <http://www.rdc.tbh.be> et note Xavier Taton, Les recours objectifs de

14 -12- 2006

pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire, RDC, 2005, p.802 et sv).

Dès lors, le droit d'intervenir de MOBISTAR dépend de la question de savoir si elle est concernée d'une façon directe et individuelle par la décision attaquée adressée à BELGACOM.

7. La loi du 17 janvier 2003, et plus particulièrement son article 2, a été promulguée à la suite de l'adoption du nouveau cadre réglementaire européen comprenant notamment 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 ») qui prévoit, en son article 4, 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.

La notion d'intérêt personnel direct doit dès lors s'apprécier également à la lumière de cet article 4 et de la notion d'affectation qu'il introduit.

Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que l'affectation directe, en tant que condition d'un recours intenté contre une décision communautaire adressée à une autre personne requiert que la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du requérant (CJCE 24 septembre 1996, C-386/96, *Société Louis Dreyfus/Commission*, Rec. p. 2370, point 43).

Par ailleurs, les sujets autres que les destinataires d'une décision ne peuvent prétendre être concernés individuellement par celle-ci que si elle les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire (CJCE 2 avril 1998, C-321/95, *Greenpeace*; CJCE 15 juillet 1963 C-25/62, *Plaumann*).

b.- Sur l'affectation directe de MOBISTAR

8. MOBISTAR soutient que :

- la décision attaquée a modifié le BROBA ;
- ce BROBA, modifié, fait partie intégrante du contrat d'accès conclu entre BELGACOM et MOBISTAR ;

14 -12- 2006

- depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, BELGACOM fournit à MOBISTAR un accès à un débit binaire sur la base des conditions techniques et tarifaires du BROBA, telles que modifiées par la décision litigieuse.

Dans ces conditions, MOBISTAR estime qu'elle a un intérêt direct et personnel à intervenir dans le cadre de la procédure d'annulation de la décision puisqu'elle est susceptible d'affecter nécessairement et directement sa position juridique et contractuelle vis-à-vis de BELGACOM.

9. La cour observe d'emblée que MOBISTAR ne fait état d'aucun élément qui tendrait à démontrer que la décision ou l'arrêt à intervenir l'atteindrait en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait l'individualise d'une manière analogue à celle du destinataire de la décision.

Le simple fait que MOBISTAR ait conclu un contrat d'accès avec BELGACOM sur la base du BROBA ne suffit pas à l'individualiser. En l'espèce, s'il est vrai que MOBISTAR est concernée par la décision, c'est uniquement en sa qualité objective d'opérateur de télécommunications, c'est-à-dire en raison d'une activité commerciale qui, à n'importe quel moment, peut être exercée par n'importe quelle entreprise répondant aux conditions requises et qui a conclu ou souhaite conclure un contrat d'accès avec BELGACOM, contenant les mêmes conditions générales (cf. arrêt *Plaumann*, loc.cit).

Elle n'est donc pas concernée *individuellement* par la décision puisque celle-ci ne l'affecte pas de manière différente des autres opérateurs.

10. Par ailleurs, MOBISTAR se trompe lorsqu'elle affirme que la décision attaquée modifie le BROBA et, partant, le contrat d'accès.

En exécution de l'article 6 nonies de l'arrêté royal du 22 juin 1998, l'IBPT dispose d'un délai de deux mois pour formuler ses remarques sur l'offre de référence et indiquer les observations à apporter.

Il s'en déduit que l'IBPT *peut imposer* à BELGACOM de modifier son offre de référence, mais n'a pas compétence pour s'immiscer dans les rapports contractuels entre parties. Si BELGACOM ne respecte pas les injonctions de l'IBPT, ce dernier peut, après une mise en demeure, lui infliger une amende, en exécution de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

Le pouvoir de l'IBPT est donc un pouvoir de contrôle et d'injonction, mais pas de substitution.

Le considérant 6 de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») précise que les autorités nationales devraient avoir le pouvoir de garantir, en cas d'échec de la négociation commerciale, un accès et une interconnexion adéquats, ainsi que l'interopérabilité des services dans l'intérêt des utilisateurs finals.

Il s'en déduit que l'IBPT n'a pas le pouvoir de fixer de manière réglementaire les tarifs de l'accès à un débit binaire. Elle ne peut que contraindre individuellement un opérateur puissant à modifier ses tarifs lorsqu'elle constate que ces modifications sont nécessaires pour favoriser l'établissement d'une concurrence loyale et durable.

11. Le respect des obligations d'orientation des tarifs vers les coûts et d'accès à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires n'implique pas, comme MOBISTAR l'affirme, que seuls les tarifs du BROBA peuvent et doivent s'appliquer.

Le cadre réglementaire, tant en ce qui concerne l'accès à la boucle locale qu'à un débit binaire, privilégie au contraire la négociation entre les opérateurs (cf. article 3.1 de la directive 2002/19/CE « accès » et ses considérants 5 et 6 ; articles 3 et 4 du Règlement 2887/2000 ; rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 1998).

14 -12- 2006

L'orientation vers les coûts a pour objectif d'éviter une tarification excessive empêchant l'arrivée d'un nouvel entrant ou une compression des prix provoquant un *squeeze price* ne permettant pas une concurrence durable (cf. considérant 20 de la directive 2002/19 « accès »).

Le principe de non-discrimination prohibe l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant un désavantage dans la concurrence. Il ne fait pas obstacle à un traitement différent de situations différentes lorsque les écarts sont objectivement justifiés.

Il s'en déduit que les opérateurs conservent une certaine marge de manœuvre de négociation, sans préjudice bien entendu des droits qu'ils possèdent en exécution du cadre réglementaire si cette négociation devait échouer.

12. De plus, il n'y a lieu de retenir comme directs que les intérêts que l'acte attaqué touche sans interposition d'un lien de droit ou de fait, étranger entre le requérant et cet acte (M. Leroy, Contentieux administratif, Bruylant, 2004, p. 491).

En l'espèce, entre la décision attaquée et la situation juridique de MOBISTAR s'interposent des liens de droit autonome, que sont l'offre de référence et le contrat d'accès conclu entre MOBISTAR et BELGACOM.

C'est ainsi que les droits subjectifs que MOBISTAR peut faire valoir à l'encontre de BELGACOM sont tirés uniquement du contrat mais pas de la décision, laquelle, ainsi que cela a été dit au point 10, ne modifie pas le contrat.

C'est BELGACOM qui modifie éventuellement le BROBA après l'intervention de l'IBPT. Si le BROBA, ainsi modifié, fait partie intégrante du contrat, c'est une nouvelle fois en vertu d'une disposition contractuelle et pas par l'effet de la décision attaquée. Par ailleurs, cette adaptation du contrat n'est pas automatique puisque les parties ont prévu, à l'article 1.2.1 du contrat, qu'elles pouvaient faire prévaloir d'autres dispositions au BROBA, ce qui démontre que la faculté de négocier des conditions particulières d'accès n'est pas purement théorique, comme le prouve en outre les copies d'avenants qui ont été conclus entre les parties et que BELGACOM dépose à son dossier. La conformité de cette clause avec le cadre réglementaire ne peut être contestée puisqu'elle a été approuvée à maintes reprises par l'IBPT.

13. Le fait pour l'IBPT de donner l'occasion à certaines entreprises de faire connaître leur point de vue sur un projet d'offre de référence ne leur confère pas un statut de plaignant leur accordant des garanties procédurales qui les habiliteraient à demander de constater une infraction et, partant, de pouvoir intervenir dans une procédure introduite par le destinataire de la décision en vue de protéger leurs intérêts légitimes.

Si les opérateurs alternatifs jouent un rôle dans la préparation de la décision de l'IBPT, celui-ci est clairement limité à contribuer à l'information de ce dernier.

C'est à tort que, dans sa décision, l'IBPT a précisé que c'était pour satisfaire à l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 qu'il a publié le projet d'offre de référence sur son site Internet et invité les opérateurs concernés à faire valoir leur point de vue. Cette simple mention ne leur confère pas un droit d'intervention. L'IBPT ne leur a d'ailleurs pas notifié la décision.

1.4 -12- 2006

14. La loi du 17 janvier 2003 concernant les recours n'a pas donné aux entreprises qui ne seraient qu'indirectement affectées par la décision que prendrait la cour sur un recours introduit par le destinataire de la décision ou par une entreprise individuellement et directement concernée par une décision adressée à un tiers, la possibilité d'intervenir dans la procédure pour soutenir l'IBPT et celle de présenter tout moyen ou argument qui n'aurait pas été utilisé par l'Institut à l'appui de sa défense.

Il résulte des développements qui précèdent qu'une décision d'annulation partielle ou totale de la décision attaquée n'est pas susceptible de porter directement atteinte aux intérêts de MOBISTAR. En effet, l'arrêt de la cour sur le recours de BELGACOM n'est pas susceptible de compromettre l'exercice des droits subjectifs que MOBISTAR tire de la réglementation communautaire et nationale en matière d'accès à un débit binaire et il ne saurait avoir pour effet de priver MOBISTAR de la possibilité de voir sanctionner des comportements de BELGACOM qui seraient contraires aux obligations qui sont les siennes en vertu de la réglementation communautaire et nationale en ce qui concerne l'accès à un débit binaire.

Par ailleurs, la cour ne saurait, à l'issue de l'examen du bien fondé de son recours, constater la conformité du projet d'offre de référence sur les points à l'encontre desquels l'IBPT a formulé des objections, avec la réglementation applicable. La constatation de la légalité de la décision attaquée se révélerait donc sans incidence sur le fondement d'une éventuelle demande de MOBISTAR de bénéficier de conditions différentes de celles formulées dans l'offre de référence publiée.

Enfin, MOBISTAR ne peut justifier d'un intérêt à intervenir à la cause par le souhait de pouvoir se prévaloir d'une décision de rejet du recours dans ses relations avec BELGACOM. En effet, l'arrêt de la cour sur la validité de l'acte attaqué est revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée, sous la réserve d'une éventuelle cassation.

Il s'en déduit que ni la décision attaquée ni l'arrêt n'est susceptible d'affecter directement et individuellement MOBISTAR et que, partant, elle n'a pas d'intérêt personnel et direct à intervenir dans la présente cause. Son intervention n'est donc pas recevable.

14 -12- 2006

**2.- Sur la communication des pièces**

15. Dès lors que l'intervention de MOBISTAR n'est pas recevable, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la demande de communication des conclusions et des pièces de BELGACOM.

**V.- DISPOSITIF**

Pour ces motifs, la cour,

1. Dit l'intervention volontaire de MOBISTAR non recevable.
2. Ordonne la réouverture des débats afin de permettre à BELGACOM et à l'IBPT de s'expliquer sur le fond.

Fixe la réouverture des débats à l'audience du 15 décembre 2006 à 9 heures.

3. Délaisse à MOBISTAR les dépens de son intervention.  
Ces dépens s'élèvent à 242,94 €.

Ainsi jugé par :

Henry MACKELBERT, Conseiller ff Président,  
Els HERREGODTS, Conseiller,  
Yves DEMANCHE, Conseiller,

magistrats de la 9<sup>ème</sup> chambre de la cour d'appel de Bruxelles, ayant participé au délibéré conformément à l'article 778 du Code judiciaire

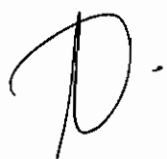
et

vu l'empêchement légal de Monsieur le conseiller Yves Demanche d'assister à la prononciation de l'arrêt, prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la Cour d'Appel de Bruxelles, le 14 décembre 2006, conformément à l'ordonnance de Monsieur le Premier Président désigné du 14 décembre 2006, en application de l'article 779 du Code judiciaire

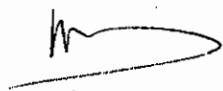
14 -12- 2006

où étaient présents :

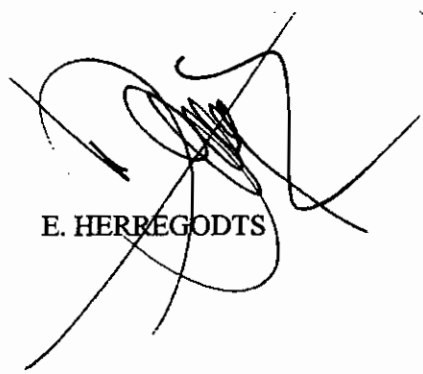
Martine REGOUT, Conseiller ff Président,  
Henry MACKELBERT, Conseiller,  
Els HERREGODTS, Conseiller,  
Patricia DELGUSTE, Greffier.



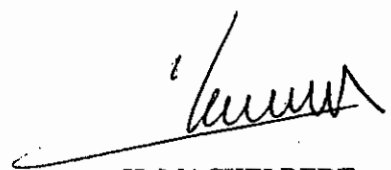
P. DELGUSTE



M. REGOUT



E. HERREGODTS



H. MACKELBERT

14 -12- 2006