

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2006/KR/241

R. n°: 2006/ 6965

N°: 1878

Arrêt interlocutoire
Intervention
volontaire : RP

EN CAUSE DE :

BASE, société anonyme dont le siège est établi à 1200 Bruxelles, rue Neerveld, 105, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0462.925.669,

Appelante,

Représentée par Maîtres Alexandre Verheyden et Geoffroy de Foestraets, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165,

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,

intimé,

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

EN PRESENCE DE :

BELGACOM MOBILE, société anonyme dont le siège social est établi à 1210 Bruxelles, rue du Progrès, 55, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0453.918.428,

Intervenante volontaire,

Représentée par Maître Dirk Van Liedekerke, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 326/26.

29 -09- 2006

I. La décision attaquée

L'appel est dirigé contre l'ordonnance du 19 mai 2006 rendue par le président du tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé (RG. 06/502/C).

Il n'est pas produit d'acte de signification.

II. La procédure devant la cour

Le recours, formé par requête, a été déposé au greffe de la cour le 8 juin 2006.

L'intervention volontaire, formée également par requête, a été faite à l'audience du 8 septembre 2006.

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. Les faits et antécédents de la procédure.

1. L'IBPT en sa qualité d'autorité de régulation du marché des télécommunications peut procéder à des analyses de marchés afin de déterminer s'ils sont effectivement concurrentiels ainsi que prescrire, s'il y a lieu, des obligations liées à la récupération des coûts ainsi qu'en matière de contrôle des prix (art. 62 § 1 de la loi du 20 juin 2005 relative aux communications électroniques).

2. Les parties exposent que le 8 février 2006, l'Institut a inséré sur son site Internet un document intitulé « *Consultation nationale concernant le projet de décision du conseil de l'IBPT du JJ/MM/AA relatif à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le Marché 16 (terminaison d'appels sur chaque réseau mobile)* ».

Base qui jusqu'ici facturait librement ses coûts aux autres opérateurs se plaint du fait qu'il résulterait pour elle du projet de décision de l'IBPT un préjudice grave et irréparable dans la mesure où elle subirait une diminution de 30 % de son chiffre d'affaires.

29 -09- 2006

3. Par courrier du 28 février 2006, Base a formulé une demande d'accès au dossier administratif concernant le projet de décision (rappelé le 9 mars ainsi que le 28 mars par ses conseils).

Le 3 mars 2006, l'IBPT, se référant à la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, a indiqué ne pouvoir répondre dans le délai prévu par l'article 6 paragraphe 5 de la loi, soit trente jours, dans la mesure où une consultation des opérateurs concernés était en cours en vue d'obtenir de leur part un avis sur la confidentialité éventuelle des pièces dont ils sont les auteurs de telle sorte qu'il ajournait la demande et fixait la date limite de réponse au 14 avril 2006.

4. Un échange de courrier intervint et citation en référé fut signifiée le 30 mars 2006 à l'initiative de Base qui invoquait le droit de pouvoir, préalablement à toute décision, faire utilement entendre son point de vue, sur la base d'un dossier complet et non point simplement expurgé, notamment des éléments considérés comme confidentiels.

Base arguait de l'urgence en faisant état du fait que l'article 3 de l'arrêté royal du 26 janvier 2006 relatif aux modalités des consultations publiques organisées par l'article 140 de la loi relative à la communication électronique du 13 juin 2005 impose à l'IBPT d'établir un rapport exposant les résultats de la consultation publique dans le mois qui suit la fin de celle-ci et qu'une fois celui-ci établi, il lui serait impossible d'encore espérer pouvoir faire valoir utilement ses droits.

29 -09- 2006

Base sollicitait dès lors, d'une part, qu'il soit enjoint à l'IBPT de lui donner un accès immédiat au dossier complet, en ce compris les éléments concernant le modèle générique de coûts qu'on voulait lui imposer, sous peine d'une astreinte de 100.000 € par jour de retard, et, d'autre part, d'être autorisée à formuler des observations complémentaires dans les 30 jours de l'accès effectif au dossier, et enfin qu'il soit interdit à l'IBPT de communiquer le dossier tel qu'en l'état à la concertation du Conseil de la Concurrence ou à la Commission Européenne ou de prendre une quelconque décision la concernant relativement au marché litigieux, avant qu'elle n'ait pu utilement faire valoir ses observations dans le délai susdit.

5. L'IBPT invoquait qu'il n'avait reçu que le 4 avril 2006 l'ensemble des avis des autres opérateurs concernant le caractère confidentiel de certains documents et qu'il avait transmis le 10 avril 2006 l'ensemble des pièces non confidentielles. Base s'est plaint du caractère lacunaire de cette communication.

6. L'ordonnance attaquée du 19 mai 2006 a considéré que Base ne disposait actuellement que du droit à recevoir communication des pièces du dossier uniquement sur la base de la loi du 11 avril 2004 (lire 1994) et que le respect ou non des prescrits de celle-ci ne pouvait avoir pour effet de suspendre ou même de retarder un processus décisionnel dont il n'était pas établi et moins encore allégué qu'il se serait déroulé *prima facie* en fraude des droits de Base et en contradiction avec la loi du 13 juin 2005, relevant au demeurant que Base avait été consultée préalablement, comme les autres acteurs du marché, sur le projet de décision.
7. Par sa requête d'appel, Base sollicite les fins de sa demande originaire sauf en ce qui concerne l'interdiction de communication au Conseil de la Concurrence.
8. A l'audience du 15 juin 2006, un calendrier d'échange de conclusions fut élaboré et subséquemment amiablement aménagé par les parties (ainsi que précisé à l'audience du 8 septembre 2006), de telle sorte que l'IBPT, dernier concluant, a déposé et communiqué ses conclusions additionnelles le 21 août 2006.

Par celles-ci, il fit savoir que la décision concernant le marché litigieux avait été adoptée le 11 août 2006 considérant conséquemment que, ne pouvant plus obtenir la suspension du processus décisionnel - pas plus qu'elle n'avait encore la possibilité de formuler des observations complémentaires -, la demande de Base ne revêtait plus de caractère urgent.

29 -09- 2006

9. Base a déposé le 31 août 2006 des conclusions sur élément nouveau, invoquant notamment l'application de l'article 807 du Code judiciaire, et sollicite :

« - de suspendre provisoirement la décision prise par l'intimé le 11 août 2006 en tant qu'elle lui impose de respecter à partir du 1^{er} novembre 2006 les tarifs de terminaison relativement au marché 16, visés à la page 94 de la décision, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours objectif en annulation de cette même décision, qu'elle s'engage à intenter dans les délais ;

- dire pour droit que la mesure prendrait fin de plein droit au cas où Base n'aurait pas introduit dans les délais un recours objectif contre la décision de l'intimé (IBPT) du 11 août 2006. »

10. L'IBPT a à son tour conclu sur cet élément nouveau, par conclusions déposées le 7 septembre 2006, considérant d'une part,

qu'il y avait lieu d'écarter par application de l'article 747 § 2 Code judiciaire les conclusions de Base et, d'autre part, que la demande ainsi formée par Base était une demande nouvelle qui ne pouvait entrer dans le champ d'application de l'article 807 du Code judiciaire, de telle sorte qu'elle était irrecevable, ou à tout le moins non fondée.

11. A l'audience du 8 septembre 2006, les parties ont plaidé sur cet élément nouveau.

12. Dans son intervention volontaire, Belgacom Mobile fait grief à l'IBPT de ne pas avoir tenu compte des remarques formulées par le Conseil de la Concurrence et la Commission Européenne et notamment d'avoir maintenu à l'égard de Mobistar, et plus encore à l'égard de Base, une asymétrie de coûts particulièrement favorable à ces deux opérateurs.

Elle fait également valoir que Base n'a pas exercé de recours tel que prévu par la loi du 11 avril 1994, en manière telle qu'elle ne peut se prévaloir d'une quelconque urgence et qu'il y va dans son chef d'une tentative de « rattrapage » constitutive d'un détournement de procédure tant au regard de la loi du 11 avril 1994 que de celle du 17 janvier 2003 en manière telle que l'action de Base est irrecevable et à tout le moins non fondée.

29 -09- 2006

IV. Discussion

1. Quant à l'intervention volontaire

13. Belgacom Mobile est intervenue volontairement à l'issue des plaidoiries des parties en la cause principale de telle sorte que celles-ci n'ont pu faire valoir leurs moyens et arguments à ce propos.

Il s'impose de pouvoir leur donner cette possibilité mais en tenant compte du fait que l'examen de l'intervention ne peut retarder le sort de la cause principale (art. 814 du Code judiciaire).

L'intervention volontaire est dès lors renvoyée au rôle particulier de la chambre afin de permettre sa mise en état.

2. Quant à l'élément nouveau (la décision du 11.08.06 de l'IBPT) et au sort des conclusions y relatives

14. Cet élément a été invoqué par l'IBPT dans ses conclusions additionnelles déposées dans les délais convenus à l'amiable entre parties.

L'IBPT sollicite que les conclusions sur élément nouveau déposées par Base le 31 août 2006, soient, par application de l'article 747 § 2 du Code judiciaire, écartées des débats et lui fait grief de ne pas avoir sollicité un nouveau délai pour conclure, tel qu'organisé par le mécanisme de l'article 748 § 2 du même code, dès lors qu'elle se basait sur ledit élément pour modifier sa demande.

15. L'article 748 § 2 du Code judiciaire règle le sort de l'élément nouveau survenant au cours de la mise en état du dossier: il appartient à la partie qui le considère comme important et souhaite y apporter réponse de solliciter par requête de nouveaux délais pour conclure.

C'est en vain que Base fait valoir qu'il lui était impossible de respecter la procédure prévue à l'article 748 § 2 du Code judiciaire au motif que le fait nouveau est survenu moins de trente jours avant l'audience fixée pour les plaidoiries. Dans un tel cas, il est toujours possible de solliciter une autorisation de déposer de nouvelles conclusions en invoquant la survenance de la force majeure.

29 -09- 2006

L'article 747 § 2 in fine du Code judiciaire dispose très clairement que toutes conclusions déposées après l'expiration des délais fixés par le juge doivent être écartées d'office des débats. Il ne prévoit pas d'autre exception que l'application de l'article 748 § 1^{er} et 2.

Faute pour Base d'avoir procédé de la manière prévue par cette disposition, les "*conclusions sur élément nouveau*" déposées le 31 août 2006 doivent être écartées d'office des débats.

Il s'en déduit que la demande nouvelle de Base n'est pas recevable.

3. Conséquemment : quant au sort de la demande originaire

16. Base a introduit sa demande originaire en vue – selon elle –

d'assurer le respect de ses droits de défense dans le cadre d' « un processus de décision actuellement mis en œuvre par l'intimé (l'IBPT) et toujours en cours...que plus précisément, (elle) demandait qu'il soit enjoint à l'intimé de lui donner immédiatement un accès complet au dossier ayant servi de base à ce projet de décision et qu'il lui soit permis de faire valoir utilement des observations avant l'adoption de la décision » (page 2 de ses conclusions déposées le 31.07.2006).

Elle invoquait le caractère urgent de sa demande tenant « au fait que l'IBPT entend manifestement poursuivre le processus d'adoption d'une décision » dont elle estimait qu'elle lui serait préjudiciable. (cfr. motivation de la citation introductive d'instance).

Pour apprécier l'urgence, le juge se situe au moment de sa décision et tient compte de ce qui s'est passé depuis la prononciation de la décision dont appel (Cass., 19 janvier 2006, n° C040544N).

Compte tenu du fait que la décision envisagée est actuellement intervenue, la condition nécessaire de l'urgence fait actuellement défaut.

Il n'y a dès lors plus lieu à référé au stade actuel de la procédure.

29 -09- 2006

Pour ces motifs, la cour,

Dit l'appel recevable.

1. Donne acte à Belgacom Mobile de son intervention volontaire et renvoie celle-ci au rôle particulier afin de permettre aux parties de la mettre en état.
2. Ecarte les conclusions sur élément nouveau déposées par Base le 31 août 2006.
3. Constate le défaut d'urgence et dit pour droit qu'il n'y a plus lieu à référé en degré d'appel.

4. Dit la demande nouvelle de Base non recevable et l'en déboute.

Met les dépens d'appel à charge de Base et réserve ceux de Belgacom Mobile ; dépens liquidés jusqu'ores pour Base à 139 + 60,74 + 242,94 € et pour l'IBPT à 242,94 €.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **29 -09- 2006**

où étaient présents :

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



P. DELGUSTE Y. DEMANCHE E. HERREGODTS H. MACKELBERT

29 -09- 2006