

N°: 715

R.G. N°: 2009/AR/3015

N° rép.: 2010/3983

**LA COUR d'APPEL DE BRUXELLES**  
**18<sup>ème</sup> chambre,**  
siégeant en matière civile,  
après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

Arrêt définitif

du 01-06-2010

**EN CAUSE DE :**

1. **La SA KPN GROUP BELGIUM (antérieurement dénommée BASE),** dont le siège social est établi à 1200 BRUXELLES, Rue Neerveld 105, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0462.925.669, et représentée par Monsieur Stanley Miller, administrateur délégué ;  
partie requérante,

✓ représentée par Maître VERHEYDEN Alexandre, avocat à 1200 BRUXELLES, Boulevard Brand Whitlock 165 ;

**CONTRE :**

1. **L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS,** personne morale de droit public, dont les bureaux sont établis à 1030 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

✓ représentée par Maître DEPPE Sebastien, avocat à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 ;

---

**I. LA PROCEDURE DEVANT LA COUR**

1. Le 13 novembre 2009 KPN Belgium a déposé au greffe de la cour une requête en annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 17 septembre 2009 refusant l'accès au dossier administratif de l'IBPT concernant les tarifs *on-net* de BELGACOM MOBILE « ci-après la **Décision Attaquée** ».

+ ont été reçus

2. La requête est basée sur l'article 2 de la Loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges (« **Loi recours** ») à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges (« **Loi statut** »).

Les parties ont déposé des conclusions et ont été entendues à l'audience publique du 30 mars 2010.

## II. ANTECEDENTS, CONTEXTE ET L'OBJET DU RECOURS.

3. Le présent recours concerne une décision par laquelle l'IBPT maintient son refus d'accès à certains documents administratifs suite à une demande en reconsidération de KPN BELGIUM.

4. Dans son courrier du 8 juin 2009, KPN BELGIUM demande à l'IBPT d'obtenir l'accès aux documents suivants :

- le dossier administratif complet de l'IBPT relatif à l'enquête qu'il a effectué en 2005 sur les « *contrats corporate* » de Proximus, Mobistar et KPN Group Belgium/Base (ci-après le « **dossier contrats corporate** ») ;
- le dossier administratif complet de l'IBPT relatif à l'intervention de celui-ci dans la procédure introduite devant le Conseil de la concurrence qui a abouti à la décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009 (ci-après le « **dossier intervention** »).

5. L'IBPT refuse l'accès à KPN BELGIUM par lettre du 9 juillet 2009 dans laquelle elle indique certains motifs en se basant sur l'article 6 §3, 1° de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (ci-après « **décision initiale de refus** »).

6. Le 4 août 2009 KPN BELGIUM demande à l'IBPT de reconsidérer sa demande d'accès en tenant compte d'une série d'arguments par lesquels elle critique la décision initiale de refus.

7. Le 17 septembre 2009 l'IBPT maintient par la Décision Attaquée son refus en se référant à la décision initiale de refus et faute d'un avis de la Commission d'accès aux documents administratifs (« **CADA** ») dans le délai imparti.

8. La demande d'accès par KPN BELGIUM fait suite à la décision du Conseil de la concurrence du 26 mai 2009 condamnant Belgacom Mobile pour abus de position dominante contre laquelle Belgacom Mobile, Mobistar et KPN Belgium ont interjeté appel. Cette cause qui est toujours pendante devant la cour de céans est connue sous les n° 2009/MR/3 à 2009/MR/8.

9. Les documents auxquels KPN BELGIUM demande l'accès se situent dans le cadre d'enquêtes menées par l'IBPT sur la base de sa compétence d'intervention régulatrice sur le marché des réseaux publics de téléphonie mobile.

Les documents du dossier *contrats corporate* (pièces 9, 10, 11, 12, 13 et 14 du dossier judiciaire de l'IBPT) concernent une enquête effectuée par l'IBPT en 2005 auprès des trois opérateurs mobiles. L'IBPT avait demandé de lui transmettre une copie de leurs vingt plus gros contrats conclus avec des utilisateurs finals. Ce dossier contient selon l'IBPT les lettres de demande du 19 mai 2005 et les réponses des opérateurs ainsi qu'un tableau récapitulatif de ces contrats et leurs conditions tarifaires. Aucune suite n'aurait été donnée à cette enquête.

Les documents du dossier *intervention* (pièces 6, 7, 7.a/b/c/d/e/f, 8, 8bis, 8ter, 8 quater, 8quinquies du dossier judiciaire de l'IBPT) ont été communiqués par l'IBPT à la demande du Service de la concurrence (2007) et du Conseil de la concurrence (2008) à l'occasion de la procédure susmentionnée et ont trait à une enquête menée par l'IBPT au courant de l'année 2004 au sujet du respect par les opérateurs de leur obligation de non-discrimination interne. Il s'agirait selon l'IBPT des pièces inventoriées dans l'inventaire du Service de la concurrence et de celui du Conseil de la concurrence dans l'affaire susmentionnée. En dehors de réponses de l'IBPT aux demandes d'informations de la part du Service de la concurrence et de collaboration de la part du Conseil de la concurrence, le dossier contient des avant-projets de décisions sur le principe de non-discrimination à l'égard de Belgacom Mobile et Mobistar, leur réponses sur ces projets, une étude interne de l'IBPT à propos de l'impact des tarifs sur les parts de marchés, une présentation de l'IBPT faite au Service de la concurrence ainsi que la correspondance avec le Conseil à l'occasion de l'audience à laquelle l'IBPT a été invité de participer.

### III. LA DÉCISION ATTAQUÉE.

10. La Décision Attaquée se présente comme suit :

*« Nous tenons à souligner que l'institut maintient son refus d'accès aux documents précités, pour les raisons exposées dans notre courrier du 09/07/2009, faute d'avis de la CADA dans le délai imparti (art. 8, §2, L. 11/04/1994) ».*

11. La décision initiale de refus indique les motifs suivants :

*« Tout d'abord, nous tenons à souligner que les documents auxquels il est demandé accès ne sont que des documents préparatoires en vue d'une décision du Conseil de l'IBPT qui n'a jamais été prise. Ils ont seulement servi de base de réponse à une audition de l'institut par le Conseil de la concurrence le 4 novembre 2008.*

*Par ailleurs, les documents en question pourraient être source de méprise tant pour le demandeur que pour le secteur auquel ils seraient communiqué, puisqu'ils renvoient à un dossier incomplet et en tout cas inachevé. Aussi nous trouvons nous dans l'hypothèse visée par l'article 6, §3, 1° de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration qui permet de refuser l'accès à un document administratif « dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet ».*

### IV. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE.

12. Dans ses décisions, l'IBPT se réfère aux articles 6, §3, 1° et 8, §2 la Loi du 11 avril 1994 (ci-après la « **Loi du 11 avril 1994** »), qui stipulent :

*« § 3. L'autorité administrative fédérale peut rejeter une demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif dans la mesure où la demande :*

*1° concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet; (...) »*

*« § 2. Lorsque le demandeur rencontre des difficultés pour obtenir la consultation ou la correction d'un document administratif en vertu de la présente loi, (y compris en cas de décision explicite de rejet visée à l'article 6, § 5, alinéa 3,) il peut adresser à l'autorité administrative fédérale concernée une demande de reconsidération. Au même moment, il demande à la Commission d'émettre un avis. La Commission communique son avis au demandeur et à l'autorité administrative fédérale concernée dans les trente*

*jours de la réception de la demande. En cas d'absence de communication dans le délai prescrit, l'avis est négligé. L'autorité administrative fédérale communique sa décision d'approbation ou de refus de la demande de reconsidération au demandeur (et à la Commission) dans un délai de quinze jours de la réception de l'avis ou de l'écoulement du délai dans lequel l'avis devait être communiqué. En cas d'absence de communication dans le délai prescrit, l'autorité est réputée avoir rejeté la demande. »*

13. En conclusions, l'IBPT invoque encore l'article 2, §5 de la Loi recours du 17 janvier 2003 et l'article 23, §1 de la Loi statut du 17 janvier 2003, qui stipule :

*« §5 La cour d'appel veille à ce que la confidentialité du dossier transmis par l'Institut soit préservée tout au long de la procédure devant la cour.*

*§1 Les membres du Conseil sont soumis au secret professionnel. Ils ne peuvent communiquer à des tiers les informations confidentielles dont ils ont connaissance dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, hormis les exceptions prévues par la loi.(...) ».*

**V. QUESTIONS PRELABLES CONCERNANT LA NON COMMUNICATION PAR L'IBPT DE PIÈCES DE SON DOSSIER.**

*Discussion*

14. KPN BELGIUM reproche à l'IBPT par rapport au dossier *intervention* de ne pas reprendre dans son dossier judiciaire toutes les pièces inventoriées par le Service de la concurrence et le Conseil de la concurrence. Ainsi manqueraient :

- (a) les pièces 53, 55, 56, 57, 58bis et 58ter du dossier de l'instruction du Service ;
- (b) les pièces 47, 51, 61, et 72 du dossier de la procédure du Conseil.

15. En outre, l'inventaire des pièces du dossier judiciaire de l'IBPT serait incomplet en ce qu'il ne mentionne pas les annexes à la pièce 8 du dossier judiciaire (pièce 83 du dossier de la procédure du Conseil).

16. Selon l'IBPT, KPN BELGIUM aurait déjà eu l'occasion de consulter les pièces reprises sous (a). L'IBPT objecte en outre que les documents sous (b) sont demandés par KPN BELGIUM pour la première fois en conclusions.

KPN BELGIUM nie avoir eu accès à des pièces du dossier de l'instruction du Service qualifiées d'accessibles.

17. En ce qui concerne le dossier contrats *corporate*, KPN BELGIUM sollicite un accès à l'ensemble de l'analyse effectuée par l'IBPT dans le cadre de la régulation envisagée des tarifs *on net*. Elle estime que le dossier judiciaire ne reprend pas toutes les pièces relatives à cette enquête. Cette demande reviendrait à y inclure également des pièces figurant dans le dossier *intervention* (note n° 14 au bas de la page 7, conclusions KPN BELGIUM).

18. KPN BELGIUM se plaint du fait que sauf trois exceptions (pièces 7, 9 et 10), l'IBPT ne lui a pas communiqué les pièces de son dossier judiciaire comme il en est tenu conformément à l'article 2, §3 de la Loi recours :

*§ 3. Le dossier administratif initial de l'Institut est communiqué aux autres parties en même temps que les observations de l'Institut.*

*Le dossier définitif de procédure, tel que communiqué aux autres parties avec chaque observations de l'Institut, est déposé au greffe de la cour d'appel de Bruxelles en même temps que les dernières observations de l'Institut.*

19. KPN BELGIUM objecte à l'argument de l'IBPT qu'il s'agirait de pièces confidentielles (voir code C dans l'inventaire) que cette justification est tardive (a posteriori) et non fondée.

20. L'IBPT estime encore en ce qui concerne le dossier *intervention* qu'il n'est pas autorisé à communiquer des pièces qualifiées de confidentielles par le Service de la concurrence ou dans le cadre de la procédure devant le Conseil de la concurrence ou ayant été retirées du dossier par ces autorités. Il serait donc tenu par cette qualification telle qu'indiquée dans son inventaire.

Par rapport au dossier contrats *corporate*, l'IBPT affirme que le caractère confidentiel de ces documents a été confirmé par leur auteurs, tel qu'indiqué dans son inventaire.

*Appréciation par la cour.*

21. Par rapport au dossier *intervention*, KPN BELGIUM critique l'absence de certains documents.

22. En ce qui concerne les pièces « manquantes » 53, 55, 56, 57, 58bis et 58ter reprises dans le dossier de l'instruction du Service de la concurrence, la cour rappelle qu'il appartient à l'IBPT de transmettre un inventaire et un dossier complet dans le cadre de la présente procédure. Le fait que la partie requérante aurait déjà eu la possibilité d'avoir accès à des documents ne justifie pas en soi l'omission de ces documents dans l'inventaire et le dossier.

23. Par rapport aux pièces « manquantes » 47, 51, 61 et 72 repris dans le dossier de la procédure du Conseil, la cour observe que dans la mesure où la demande telle que formulée par la requérante n'identifie pas à suffisance les documents auxquels elle demande l'accès, il appartient à l'IBPT d'inventorier et soumettre les documents dont elle établit provisoirement et de manière raisonnable qu'ils correspondent à cette demande en tenant compte de tous les éléments avancés par la partie requérante dans sa demande. Si par contre, comme en l'occurrence la partie requérante avait au moment de l'introduction de sa requête un inventaire à sa disposition identifiant les pièces pertinentes lui permettant de préciser les documents auxquels elle demande accès, l'IBPT n'est pas tenu d'inventorier et de transmettre par le biais de son dossier des documents autres que celles demandés spécifiquement par la requérante. Comme KPN BELGIUM a seulement identifié lesdites pièces manquantes dans ses conclusions, il appartenait à l'IBPT de compléter le cas échéant son inventaire et son dossier à l'occasion de ses conclusions de réplique.

24. Concernant l'omission des annexes à la pièce 8 de l'inventaire du dossier judiciaire tel qu'accompagnant les premières conclusions de l'IBPT, la cour constate que dans l'inventaire accompagnant les conclusions de synthèse, quatre annexes sont mentionnées (8bis à 8quinquies).

25. Par rapport à la composition de l'inventaire et du dossier contrats *corporate*, en demandant l'accès à « l'ensemble de l'analyse effectuée à l'époque par l'IBPT dans le cadre de la régulation envisagée des tarifs *on-net* » (conclusions n°16) KPN BELGIUM ne précise pas à suffisance la nature de ces documents. Elle ne rend pas non plus vraisemblable que l'IBPT disposerait encore d'autres documents que ceux inventoriés par

elle. En se référant en outre à des pièces déjà identifiées au dossier *intervention* (notamment pièces 7.a à 7.e du dossier judiciaire de l'IBPT voir note n° 14 au bas de page 7 des conclusions de KPN BELGIUM) KPN BELGIUM confond manifestement les deux types de documents. Ces deux types de documents ont clairement trait à des enquêtes séparées même s'ils concernent en général la problématique des tarifs *on-net* (de Belgacom Mobile), telle que spécifiée dans l'en-tête de la Décision Attaquée. KPN BELGIUM a d'ailleurs clairement identifié de façon distincte ces deux types de documents dans ses demandes d'accès ainsi que dans sa requête.

26. En ce que KPN BELGIUM conteste le caractère confidentiel des pièces non communiquées par l'IBPT, la cour observe qu'en l'occurrence l'IBPT n'est évidemment pas tenu de communiquer des pièces dont le caractère confidentiel ou non constitue un élément primordial à déterminer par la cour dans le cadre du recours en question. La communication préalable des pièces dont la cour doit déterminer le caractère confidentiel ou accessible risquerait de rendre cette décision sans objet.

27. KPN BELGIUM ne peut être suivie où elle reproche à l'IBPT de ne pas justifier le caractère confidentiel des pièces non communiquées. Il n'est certes pas suffisant de se prévaloir de la seule mention « confidentiel » d'un document pour refuser de communiquer ce document dans le cadre de la communication de son dossier à la partie adverse. La cour doit pouvoir en comprendre le motif et en déterminer l'apparente légitimité. Une explication, même sommaire, s'impose donc si ce n'est dans la Décision Attaquée au moins en conclusions ou dans l'inventaire permettant à la cour de vérifier, de façon sommaire, la raison justifiant au moins provisoirement la confidentialité invoquée.

A la lecture de l'inventaire de l'Institut remis avec ses conclusions de synthèse, il apparaît que la mention C dans la dernière colonne comprend à chaque fois une explication sommaire permettant d'identifier la raison pour laquelle un document est considéré comme confidentiel (p.e. « selon le Service de la concurrence » ou « selon le Conseil de la concurrence » et encore « par l'auteur »). Il faut d'ailleurs constater que bien que l'inventaire accompagnant les premières conclusions de l'IBPT ne fournissait pas les mêmes indications sur la confidentialité, le rendant

ainsi incomplet, la justification du caractère confidentiel sur la base de la qualification par le Service ou le Conseil de la concurrence figure déjà dans ces premières conclusions (p. 8-10). Une motivation plus développée n'est pas requise à ce stade comme il serait d'ailleurs fort difficile, voire impossible de garantir la confidentialité de ces documents s'il fallait expliquer davantage aux tiers les motifs qui justifient la reconnaissance de la confidentialité par l'IBPT.

28. Il n'y a pas lieu pour l'IBPT de communiquer à la requérante les pièces qui font partie du dossier du Conseil de la concurrence puisque celles-ci sont soumises au régime légal dérogatoire en ce qui concerne l'accès de la LPCE (voir n° 33). Pour autant qu'il s'agit des pièces à caractère confidentiel qui ne font pas partie du dossier du Conseil, l'IBPT n'a pas violé les droits procéduraux de la partie requérante en ne communiquant pas à KPN BELGIUM les pièces à caractère confidentiel. Dans son inventaire, l'IBPT a indiqué avec suffisance pour chaque pièce le motif pour lequel elle estime ne pas pouvoir la communiquer à l'autre partie dans le cadre de l'article 2, §3 de la Loi recours.

29. La cour est d'ailleurs légalement tenue de protéger les secrets d'affaires et autres informations confidentielles dont elle est amenée à prendre connaissance dans le cadre d'un recours contre une décision de l'IBPT. En principe la cour acceptera donc provisoirement toute demande de protection de données confidentielles dont elle peut constater l'apparente légitimité. Lorsqu'un document dont l'accès a été refusé par l'IBPT de façon motivée (dans sa décision ou en conclusions), a été produit devant la cour dans le cadre d'un recours portant sur la légalité de ce refus, ce document n'est pas communiqué à la partie requérante avant que la cour ne se soit prononcée au fond sur le caractère confidentiel ou non de ce document ou ne décide le cas échéant d'ordonner la rédaction et la communication d'une version non confidentielle si elle l'estime nécessaire pour permettre à la partie requérante de faire valoir ses droits procéduraux.

#### VI. AU FOND

##### **A. Sur l'applicabilité de la Loi du 11 avril 1994**

*Discussion.*

30. L'IBPT conteste la recevabilité de la requête de KPN BELGIUM en ce qui concerne l'accès au dossier *intervention*. Il s'agit des pièces communiquées au Service et au Conseil de la concurrence dans le cadre de l'affaire ayant conduit à la décision du Conseil du 26 mai 2009.

L'IBPT précise en conclusions que la demande d'accès de la requérante est irrecevable en ce qu'elle concerne les documents (i) déclarés accessibles (ou retirés) par le Service de la concurrence dans le cadre de l'affaire susmentionnée ou (ii) qui ont été qualifiés de confidentiels par le Service ou le Conseil de la concurrence et dont l'accès a été expressément refusé à KPN BELGIUM par le Conseil de la concurrence suite à une demande formulée à cet effet.

31. Selon l'IBPT le recours de la requérante est irrecevable, en ce que la demande d'accès concerne des documents qui font l'objet d'une procédure judiciaire distincte.

L'IBPT estime en effet que comme la procédure d'appel contre ladite décision du Conseil du 26 mai 2009 est toujours pendante devant la cour de céans, il n'y a pas lieu pour KPN BELGIUM d'interférer dans cette procédure par une demande séparée d'accès basée sur la Loi du 11 avril 1994 et que les questions d'accès doivent être déterminées par la cour selon les règles applicables de l'article 48, §2, alinéa 2de la LPCE. Il se réfère à la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le sujet en matière fiscale. Selon l'IBPT cette jurisprudence a pour but d'éviter que les formes de publicité et les recours organisés par la Loi du 11 avril 1994 soient utilisés pour obtenir l'accès aux documents administratifs dans le cadre d'un litige en cours, organisé par une législation spécifique.

32. KPN BELGIUM s'oppose à l'application de la jurisprudence du Conseil d'Etat dont l'IBPT fait état. Elle invoque notamment que l'appel contre la décision du Conseil du 26 mai 2009 est un recours entre parties différentes ayant un objet différent de la présente procédure.

Elle estime qu'en l'occurrence il n'existe pas de risque de contradiction entre deux décisions de juridictions différentes et que l'application de ses droits de la défense (dont le droit d'accès) est mise en question devant la cour dans la procédure d'appel à l'encontre de la décision du Conseil du 26 mai 2009.

Elle souligne le caractère constitutionnel du droit d'accès aux documents de l'administration et estime que la Loi du 11 avril 1994 ne prévoit pas d'exception qui permet de refuser l'accès au motif que le document porte sur un litige qui est pendant devant une juridiction du pouvoir judiciaire.

Elle soutient subsidiairement, qu'à tout le moins l'irrecevabilité partielle éventuelle du recours de KPN BELGIUM ne pourrait s'étendre aux documents qui ne font pas l'objet de la procédure contre la décision du Conseil du 26 mai 2009 et qui ont pas été transmis par le Conseil à la cour. KPN BELGIUM observe que les documents suivants ne font pas partie de l'inventaire du dossier de l'instruction transmis à la cour parce que retirés du dossier de l'instruction par le Service de la concurrence avant la communication au Conseil:

- le projet de décision sur le principe de non-discrimination de Mobistar (annexe 3 à la pièce 58 ; pièce 7.c dossier IBPT) ;
- l'étude « *Theoretical study of impact of tariffs on market shares of mobile operators* » (annexe 5 de la pièce 58; pièce 7.e dossier IBPT) ;
- une présentation ('slides') sur la non-discrimination (annexe 6 de la pièce 58 ; pièce 7.f du dossier IBPT).

Selon KPN BELGIUM, la cour n'aurait pas la compétence d'ordonner, sur la base l'article 877 du Code judiciaire, le dépôt de ces pièces retirées, comme l'IBPT le soutient.

*Appréciation par la cour.*

33. La demande de la requérante étant recevable, le moyen soulevé par l'IBPT par rapport à l'applicabilité de la Loi du 11 avril 1994 concerne l'appréciation de la cause au fond.

La publicité des actes de l'administration est un principe constitutionnel dont seulement une loi formelle ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution peut déroger (article 32 de la Constitution). La loi du 11 avril 1994 prévoit un nombre d'exceptions à ce principe qui sont d'interprétation stricte. Le législateur reste cependant libre d'organiser dans des domaines spécifiques des régimes dérogatoires d'accès à des documents de l'administration. Ainsi la LPCE instaure un régime spécifique dans le cadre de son article 48, §2 en ce qui concerne l'accès de tiers aux

documents administratifs figurant dans le dossier de l'instruction établi par le Service de la concurrence dans le cadre de la poursuite d'infractions aux règles en matière de pratiques restrictives. L'article 48, §2 LPCE énonce la règle que les tiers n'ont en principe pas d'accès au dossier, à moins que le président de la chambre du Conseil qui connaît de l'affaire n'en décide autrement.

Bien que cet article ne se réfère pas explicitement au cas où la cour d'appel devrait se prononcer à nouveau sur l'accès (refusé) dans le cadre d'une procédure d'appel contre une décision finale du Conseil, la cour estime néanmoins conforme à la volonté du législateur pour elle d'appliquer cette règle par analogie. En outre, la cour est légalement tenue de protéger la confidentialité du dossier transmis par le Conseil (article 76, §5 LPCE).

Il s'en suit que la demande de la requérante est partiellement non fondée dans la mesure où et aussi longtemps que les documents de l'administration (en l'occurrence le Service de la concurrence) dont la requérante demande l'accès restent soumis au régime légal dérogatoire de la LPCE par rapport à l'accès.

34. Le fait pour le Service de la concurrence d'avoir retiré certains documents du dossier n'exclut pas l'application du régime dérogatoire d'accès de la LPCE sur ces documents dans la mesure où la cour pourrait, sur la base de sa compétence de pleine juridiction, le cas échéant ordonner la production de ces documents pour vérifier si le Service a pu légitimement les retirer du dossier. En l'occurrence la cour dans son arrêt interlocutoire du 6 mai 2010 n'a pas ordonné la production de ces pièces dans le cadre de la procédure d'appel contre la décision du Conseil du 26 mai 2009.

35. Il s'ensuit que pour ce qui concerne les 3 pièces retirées du dossier de l'instruction par le Service de la concurrence et identifiées par KPN BELGIUM (voir par. 32) ainsi que par rapport au dossier *contrats corporate*, il importe d'examiner davantage les motifs de refus de la Décision Attaquée sous l'angle de la Loi du 11 avril 1994.

**B. Sur les motifs de la Décision Attaquée.***Discussion*

36. Selon KPN BELGIUM la Décision Attaquée invoque deux motifs de refus :

- l'absence d'avis de la CADA dans le délai imparti;
- la référence au courrier du 9 juillet 2009 par laquelle l'IBPT a initialement refusé l'accès.

37. KPN BELGIUM conteste la pertinence du premier motif et soutient que les raisons données dans le courrier du 9 juillet 2009 ne justifient pas le refus. La motivation exposée serait erronée parce que :

- l'IBPT confond la notion de « dossier » avec la notion légale de « document » ;
- l'IBPT n'établit pas que les documents visés sont inachevés ou incomplets ; et
- les documents dont question ne peuvent pas être source de méprise.

En outre, KPN BELGIUM estime que la motivation par simple référence à la décision initiale de refus est inadéquate car l'IBPT ne répond pas aux arguments soulevés par elle dans sa demande de reconsidération.

38. L'IBPT estime que l'absence de la communication de l'avis de la CADA ne constitue pas un motif de son refus de reconsidération de la demande de la part de KPN BELGIUM et que la Décision Attaquée renvoie explicitement aux motifs de la décision initiale de refus du 9 juillet 2009. L'Institut estime encore que cette motivation par référence constitue une motivation adéquate pulsqe (i) elle a été communiquée au préalable à la requérante et (ii) en tant qu'autorité administrative l'Institut ne doit pas répondre systématiquement à tous les arguments développés par la requérante pour autant qu'il indique les motifs déterminants de sa décision. Selon l'IBPT les arguments de KPN BELGIUM ne constitueraient qu'une réplique aux motifs de la décision initiale de refus de sorte qu'il pouvait - en l'absence d'éléments neufs justifiant une autre décision - se référer sans plus aux motifs de sa décision du 9 juillet 2009.

*Appréciation de la cour.*

39. Même si l'Institut en tant qu'autorité administrative, à la différence du juge, n'a pas un devoir de motiver ses décisions en répondant à tous les griefs et arguments de la requérante, il n'en reste pas moins que la Loi du 11 avril 1994 a prévu explicitement dans son article 8, §2 une procédure de reconsidération dans le but notamment de permettre à l'autorité de tenir compte d'un avis éventuel de la CADA. L'IBPT ne peut être suivi lorsqu'il soutient que la non communication d'un tel avis dans le délai imparti de trente jours « signifie simplement qu'il n'existe aucun élément neuf justifiant une autre décision que celle prise le 9 juillet 2009 » (conclusions p. 20).

C'est à tort que l'Institut estime que si l'avis peut légalement être négligé (à cause de l'absence de communication de l'avis dans le délai prescrit) cela signifie automatiquement qu'il peut se référer dans son refus de reconsidération sans plus à la motivation contenue dans sa décision initiale de refus. La décision prise sur une demande de reconsidération ne constitue pas une simple décision confirmative de la décision initiale de refus (voir D.RENDERS, *L'accès aux documents administratifs*, Bruylant 2008, p. 554). Ceci est d'autant plus vrai que la demande de reconsidération par KPN BELGIUM contenait une argumentation développée et précise en réponse à la motivation fort succincte contenue dans la décision initiale de refus. Plus les griefs de la demande en reconsidération sont précis, plus la motivation de la part de l'autorité devra être développée. La seule référence à l'absence d'un avis CADA n'exempte donc pas l'IBPT de répondre au moins de façon succincte, *in globo*, à l'essentiel de l'argumentation développée par la requérante dans sa demande de reconsidération.

40. Il s'en suit que la Décision Attaquée refusant la reconsidération n'a pas été motivée adéquatement.

**C. Sur les motifs soulevés par l'IBPT en conclusions.***Discussion.*

41. KPN BELGIUM estime que les justifications alternatives avancées par l'IBPT dans ses conclusions pour justifier le refus d'accès (et de

reconsidération du refus) sont tardives et illégales en ce qu'elles constituent une motivation *a posteriori* qui n'est pas adéquate. A titre subsidiaire KPN BELGIUM conteste les motifs précis invoqués par l'IBPT :

- l'existence d'un recours contre la décision du Conseil du 26 mai 2009 ;
- la confidentialité des documents ;
- le caractère purement interne de l'inventaire des contrats *corporate* et leurs caractéristiques.

42. Par contre, l'IBPT estime que la cour, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction sur la base de l'article 3 §1 de la Loi recours, peut tenir compte d'explications et autres motifs (que celles mentionnés dans la Décision Attaquée) donnés par le régulateur devant elle pour justifier la Décision Attaquée.

*Appréciation de la cour.*

43. La cour rappelle que l'exercice du pouvoir de pleine juridiction dont le législateur l'a investi implique qu'elle peut prendre en considération toutes les données factuelles pertinentes et toutes les règles de droit applicables, au moment de l'adoption de la décision, pour répondre aux moyens des parties. Ceci implique qu'en cas de motivation inadéquate de la Décision Attaquée, l'Institut pourra compléter cette motivation dans le cadre de la présente procédure.

44. L'examen ci-après de la légalité des motifs complémentaires de refus sous l'application de la Loi du 11 avril 1994 se limite aux documents non soumis au régime dérogatoire de la LPCE.

45. L'examen au fond du motif de refus de l'existence d'un recours contre la décision du Conseil du 26 mai 2009, n'a plus d'objet par rapport aux documents figurant dans le dossier de l'instruction du Service et le dossier de la procédure du Conseil, dans la mesure où la cour a déjà déclaré la demande d'accès non fondée par rapport à ces documents. En ce qui concerne les documents « retirés » par le Service de la concurrence (pièces 7.c, 7.e, 7.f dossier IBPT) et à propos desquels la cour n'a pas ordonné la production dans le cadre du recours contre la décision du Conseil du 26 mai 2009, cet argument ne peut non plus être retenu au

fond. Ces documents ne font en effet plus partie intégrante du dossier de l'instruction et ne font donc plus l'objet de ce recours.

46. En ce qui concerne le motif du caractère purement interne du document résumant les contrats *corporate* et leurs caractéristiques (pièce 14 du dossier judiciaire de l'IBPT), la Loi du 11 avril 1994 ne prévoit pas d'exceptions à la règle de la publicité pour des documents « purement internes ».

47. En ce qui concerne le motif de la confidentialité des documents non communiqués, KPN soutient qu'il est clair qu'un certain nombre de ces documents ne contiennent pas des informations confidentielles d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité et pour lesquels l'IBPT ne pourra donc pas invoquer l'exemption de l'article 6 §1, 7° de la Loi du 11 avril 1994.

Il s'agit, selon KPN BELGIUM, des documents suivants :

(i) La réponse de l'IBPT du 27 octobre 2006 à la demande de renseignements du Service de la concurrence (pièce 6 du dossier judiciaire) : pour rappel, ce document est soumis au régime dérogatoire d'accès de la LPCE.

(ii) Les projets de décision sur le principe de non-discrimination pour Belgacom Mobile et Mobistar (pièces 7.a et 7.c) : en ce qui concerne la pièce 7.a, ce document est soumis au régime dérogatoire d'accès de la LPCE. En ce qui concerne la pièce 7.c la cour constate que ce document est partiellement non confidentiel.

(iii) l'étude « Theoretical study of impact of tariffs on market shares of mobile operators » (pièce 7.e dossier IBPT) : la cour constate qu'il s'agit d'une étude largement théorique de la part de l'IBPT comprenant peu de données susceptibles de constituer des secrets d'affaires. Le document est partiellement non confidentiel.

(iv) la présentation ('slides') sur la non-discrimination (pièce 7.f du dossier IBPT) : la cour constate qu'il s'agit d'une présentation de la part de l'IBPT comprenant peu de données susceptible de constituer des secrets d'affaires. Le document est partiellement non confidentiel.

(v) la lettre du 6 novembre 2008 de l'IBPT au Président du Conseil concernant l'intervention écrite de l'IBPT suite à l'audience du 4 novembre 2008 (et ces annexes) (pièce 8) : pour rappel, ce document est soumis au régime dérogatoire d'accès de la LPCE.

(vi) la réponse de Mobistar et Belgacom Mobile aux projets de décisions sur la non discrimination (pièces 7.b et 7.d) : pour rappel, ces documents sont soumis au régime dérogatoire d'accès de la LPCE.

(vii) les réponses des opérateurs à la demande de l'IBPT et l'inventaire des contrats *corporate* et leurs caractéristiques (pièces 11, 12, 13 et 14) : ces documents reprennent des données commerciales (notamment concernant les tarifs de détail) qui sont par nature secrètes ou confidentielles et proviennent des trois opérateurs qui les ont communiqué sous le bénéfice de la confidentialité à la demande de l'IBPT.

Comme il s'agit de données provenant d'une enquête effectuée lors de la première moitié de 2005 et qui datent donc de près de 5 ans, le caractère confidentiel de ces données ne pourra plus être présumé. Cependant, les auteurs de ces données ont récemment confirmé, à la demande de l'IBPT, le caractère toujours confidentiel de celles-ci (voir pièces 15 et 16 du dossier judiciaire IBPT).

L'obligation de secret à laquelle les membres du conseil de l'IBPT sont légalement soumis (article 23, §1 de la Loi statut) et l'obligation de l'Institut de veiller à *préserver la confidentialité des données fournies par les entreprises et qui sont considérées par l'entreprise comme des informations d'entreprise ou de fabrication confidentielles au sens de l'article 6, §1, 7° de la Loi du 11 avril 1994* (article 23, §3 de la Loi statut) impliquent non seulement l'interdiction générale de divulguer ces données mais signifie également que la qualification de confidentielle ou secrète donnée et motivée par l'auteur d'un document s'impose en principe à l'Institut, sauf abus manifeste ou décision judiciaire contraire.

Cependant, les exceptions légales au droit d'accès consacrées par les dispositions de l'article 6, §1, 7° et 6, §2, 2° de la Loi du 11 avril 1994 ne permettent pas, en règle générale, de justifier que l'intégralité du document soit soustrait à la publicité et impliquent que lorsqu'une cause

d'exception ne s'applique qu'à certaines parties d'un document, l'accès doit être accordé pour la partie restante (voir D. RENDERS, o.c., pp. 226 et 416 et références). La cour pourra donc ordonner l'IBPT de (faire) produire une version confidentielle de ces documents. Mais comme il s'agit en l'occurrence d'informations (tarifs) sensibles concernant des contrats commerciaux importants avec les clients les plus importants de Mobistar et Belgacom Mobile et donc d'informations qui concernent directement ces tiers et dont l'Institut devrait obtenir l'accord préalable, il sera en pratique quasi-impossible pour l'IBPT de produire un document non confidentiel qui, après l'occultation de tous les éléments confidentiels, présente encore un intérêt pour la requérante. Dans de telles circonstances, il serait disproportionnel d'exiger de l'IBPT de communiquer les pièces en question à la requérante dans une version non confidentielle.

48. En ce qui concerne le motif de refus tiré du caractère incomplet ou inachevé des documents en question et dont la divulgation est source de méprise (l'article 6, §3, 1° de la Loi du 11 avril 1994) et contesté par KPN BELGIUM, force est de constater que l'IBPT reste en défaut de justifier pourquoi les pièces 7.c, 7.e, 7.f du dossier judiciaire qui sont au moins partiellement non confidentielles seraient inachevées ou incomplètes, impliquant un risque de méprise.

49. Par conséquent, il appartient à l'IBPT de produire une version non confidentielle des pièces 7.c, 7.e, 7.f du dossier judiciaire à l'attention de la requérante dans un délai de 60 jours.

#### **D. La violation de la Loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques**

50. KPN BELGIUM invoque encore à titre subsidiaire que l'IBPT est tenu de donner accès au dossier contrats *corporate* sur la base de la Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et de l'article 6 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 communication électroniques.

51. Comme la cour a décidé d'accorder l'accès à une version non confidentielle des pièces 7.c, 7.e, 7.f du dossier judiciaire, ce moyen est devenu sans objet.

**VII. SUR LES DEPENS.**

Il y a également lieu de mettre les dépens à charge de l'IBPT.

S'agissant d'un litige dont le montant n'est pas évaluable en argent, le montant de l'indemnité de procédure est égal au montant de base de 1.200 EUR en vertu de l'article 3 de l'AR du 26 octobre 2007, pris en exécution de la loi du 21 avril 2007.

**PAR CES MOTIFS,****LA COUR,**

Eu égard aux dispositions de la Loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement,

Reçoit le recours;

Le déclare partiellement fondé ;

Annule partiellement la Décision Attaquée et ordonne l'IBPT de produire une version non confidentielle des pièces 7.c, 7.e, 7.f de son dossier judiciaire à l'attention de la requérante dans un délai de 60 jours.

Déclare le recours non fondé pour le surplus.

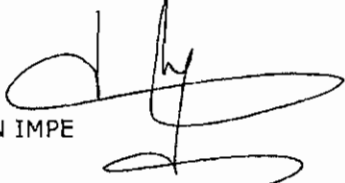
Condamne l'IBPT au paiement à la requérante des frais de procédure liquidés à 1.386 EUR, y compris l'indemnité de procédure de 1.200 EUR.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de  
la chambre 18 de la cour d'appel de Bruxelles le 1 juin 2010,

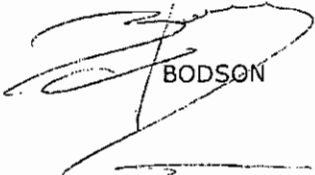
Où étaient présents :

- Mr. P. BLONDEEL,
- Mme. S. GADEYNE,
- Mr. E. BODSON,
- Mme D. VAN IMPE,

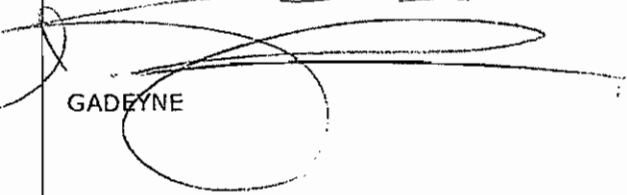
président,  
conseiller,  
conseiller,  
greffier.



VAN IMPE



BODSON



GADEYNE



BLONDEEL