

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,
18 CHAMBRE,

N°: 963 ✓

N°Rép.: 2009/ 2244

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N°. 2006/AR/3416

EN CAUSE DE :

1. **BELGACOM S.A.**, 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, partie demanderesse,

✓ représentée par Maître CAHEN Nicole, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Loxum 25 ;

CONTRE :

1. **L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (en abrégé I.B.P.T.)**, dont les bureaux sont établis à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21, partie défenderesse,

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

Chambre 18

Audience du
23-03-2009

arrêt définitif

art. 81 & 82 CEE

Arrêt du 23 mars 2009 sur le recours formé par Belgacom contre la décision du Conseil de l'IBPT du 11 octobre 2006 'concernant la répliquabilité de l'offre d'accès sécurisé aux séries de numéros partagés de Belgacom'.

La procédure devant la cour.

01. Belgacom a déposé au greffe de la cour, en date du 18 décembre 2006, une requête en application de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours relatifs aux décisions du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges.

02. Le recours en annulation est formé contre la décision du Conseil de l'IBPT du 11 octobre 2006 concernant la répliquabilité de l'offre d'accès sécurisé aux séries de numéros partagés de Belgacom.

03. Les parties ont déposé des observations écrites et ont été entendues, après réouverture des débats, à l'audience du 11 février 2009.

04. L'IBPT s'étant aligné sur la jurisprudence de la cour au sujet de la communication de pièces qualifiées de confidentielles par les opérateurs concernés, il n'y a pas lieu de faire droit à la mesure avant dire droit sollicitée par Belgacom relative à cette communication.

Le contexte et la portée de la décision attaquée.

05. Dans sa décision du 22 décembre 2005 concernant la proposition d'offre d'interconnexion de référence de Belgacom pour l'année 2006 (BRIO 2006) l'IBPT a résumé un certain nombre d'observations qui avaient été formulées dans le cadre de la consultation publique suite à la communication de son projet de décision, et il a retenu la suggestion des opérateurs alternatifs (ci après « OLO ») de créer un groupe de travail pour analyser les changements aux services d'interconnexion et les nouveaux services d'interconnexion (décision, page 7 sous point 1.1.c.).

S'agissant de l'architecture d'interconnexion, l'IBPT a indiqué ceci (décision, p. 10-11, sous 2.c.) :

'Les opérateurs alternatifs pointent le risque de non-accessibilité de numéros ortés vers un autre LEX lorsque le LEX d'origine est hors service. Ils estiment que dans ce cas-là l'accès vers le second LEX d'un client d'un shared number range est également impossible pour un OLO. Certains clients (en particulier des entreprises) demandent que l'accessibilité de leurs numéros soit assurée même en cas de problème dans un central local (LEX). Ce type de service (pour lequel on utilise des séries de numéros spécifiques, appelées « shared number ranges ») est proposé tant par Belgacom que par les opérateurs

alternatifs. Ceux-ci pointent cependant un risque de non-accessibilité lorsqu'il s'agit d'un numéro porté de Belgacom vers un OLO et que, dans le réseau de Belgacom, le LEX d'origine est hors service. Lorsque le numéro se trouve dans le réseau de Belgacom, la configuration implémentée (routage possible via 2 LEX et 2 AGE) garantit l'accessibilité en cas de problème dans un des deux LEX concernés. Par contre, lorsque ce numéro est porté, Belgacom supprime cette configuration et le numéro n'est plus connu que dans un seul LEX où la demande d'appel doit aboutir pour déterminer que le numéro a été porté (comme s'il s'agissait d'un numéro ordinaire), lequel constitue dès lors un point de rupture potentiel (« single point of failure »). Quelle que soit la configuration adoptée dans son propre réseau, l'OLO est dans l'impossibilité d'offrir à son client une garantie d'accessibilité équivalente à celle dont le client bénéficiait avant le portage du numéro. Il convient donc que Belgacom maintienne une configuration qui permette à l'OLO d'offrir un service équivalent à celui de Belgacom (ou la crée si le client souscrit chez l'OLO un service sécurisé alors qu'il avait un service ordinaire chez Belgacom), faute de quoi les OLO seront dans l'incapacité d'offrir un service pour tout client désireux de porter son numéro Belgacom'.

L'IBPT a ensuite indiqué ce qui suit (décision, p. 13, sous point 2.c.) :

'L'IBPT prend acte des précisions communiquées en ce qui concerne le mécanisme mis en cause et qui, selon les OLO, les empêche d'offrir un service similaire à celui de Belgacom. L'Institut propose de mettre ce point à l'agenda du groupe de travail dont il est question au point 1.1.c. et vérifiera si la situation actuelle conduit ou non à une discrimination au détriment des opérateurs alternatifs'.

06. Comme annoncé dans la décision, un groupe de travail trilatéral (Belgacom, IBPT et la Platform Telecom Operators & Services Providers) a été constitué, lequel a examiné l'incidence d'un SPOF (single point of failure : survenance d'un problème technique très spécifique) dans le réseau de Belgacom ainsi que la possibilité de 'dupliquer' l'offre d'un service téléphonique avec accès sécurisé.

Au terme de cette consultation et après avoir pris en considération les positions de Belgacom et des OLO, l'Institut a soumis un projet de décision à une consultation des parties concernées le 13 juillet 2006.

Ce projet de décision indique que les objectifs généraux du cadre réglementaire en matière de promotion de la concurrence, d'efficacité économique et de défense de l'intérêt des consommateurs justifient les conclusions suivantes :

- la demande des OLO d'obtenir un service de gros permettant la 'réplicabilité' du service d'accès sécurisé de Belgacom est raisonnable ;
- Belgacom doit préparer une offre (qualitative et quantitative) répondant à cette demande et la soumettre pour approbation à l'IBPT.

07. Par lettres des 2 et 25 août 2006, Belgacom a communiqué à l'Institut ses observations sur les mesures envisagées en reprenant les critiques qu'elle avait déjà émises lors des réunions de travail. Elle a notamment souligné qu'il n'y avait pas lieu d'inclure dans son offre de référence un élément qui est directement lié à la portabilité

des numéros.

En date du 11 octobre 2006, l'IBPT a adopté la décision qui fait l'objet du présent recours.

Le dispositif de cette décision énonce :

1. l'absence d'un service de gros permettant de dupliquer le service d'accès sécurisé aux numéros partagés fourni par Belgacom constitue une discrimination, en contradiction avec les obligations qui incombent à Belgacom en tant qu'opérateur puissant sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle non résidentielle ;

2. Belgacom doit préparer une offre (qualitative et quantitative) permettant d'éliminer cette discrimination et soumettre cette offre à l'IBPT pour le 1 décembre 2006.

08. La décision attaquée indique que la mesure imposée se justifie sur le fondement des dispositions des articles 6 et 58 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, lues à la lumière de l'article 10 § 2 de la directive « accès ».

Selon la décision, elle se justifie également au regard de l'obligation de non-discrimination imposée à Belgacom par la décision de l'IBPT du 19 juin 2006 relative à l'analyse du « marché 2 », à savoir le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle, recensé par la Commission européenne comme constituant un marché auquel une réglementation *ex ante* peut s'appliquer (Recommandation de la Commission du 11.02.2003).

Dans sa décision du 19 juin 2006 le Conseil de l'IBPT a énoncé l'obligation de non discrimination (a) et sa justification (b) comme suit (extraits):

(a) « Le principe de non discrimination permet aux opérateurs alternatifs de proposer une qualité de service et des tarifs équivalents à ceux de l'opérateur puissant, et assure par conséquent des conditions de concurrence équilibrées. L'IBPT veillera au respect du principe de non discrimination pour l'ensemble de ces aspects.

Dans des circonstances analogues, Belgacom devra appliquer à l'ensemble des opérateurs tiers demandant le départ d'appel pour la sélection et de la présélection ou la revente de l'abonnement, des conditions analogues à celles qu'il se fournit à lui-même. Les conditions tarifaires et techniques doivent respecter ce principe. »

(b) « Faute d'une obligation de non discrimination, l'opérateur puissant intégré verticalement serait en mesure d'entraver le développement de la concurrence en défavorisant ses concurrents par rapport à ses propres divisions, notamment au niveau des tarifs, des délais, des procédures, des informations disponibles et de la qualité de service ».

La décision repose en substance sur les constatations suivantes. Le service d'accès sécurisé offert par Belgacom est un service qui garantit au client final l'accès à ses séries de numéros partagés.

Pour offrir ce service, Belgacom garantit la sécurisation de l'accès physique avec le raccordement à deux « L-AGE » (centraux locaux) distincts et elle offre la sécurisation du routage des appels. Celle-ci s'opère à partir de l'analyse du numéro au niveau de deux « A-AGE » (centraux de transit).

La connexion de l'accès du client à deux « L-AGE » n'offre pas elle-même la garantie d'accessibilité, car celle-ci exige que l'information de routage soit présentée dans deux tables de routage au niveau des « A-AGE ».

Au niveau de la connexion à un réseau d'un OLO en cas de numéro porté, le central local (L-AGE) qui contient le bloc de numéros auquel appartenait le numéro porté, constate le portage et renvoie l'appel à un central de transit (A-AGE) qui route à son tour l'appel vers une A-AGE de l'OLO.

En cas de panne au niveau du central local, un SPOF ('single point of failure' : point de rupture dans l'interconnexion) se manifeste ce qui provoque que l'appel n'aboutit pas.

Selon l'Institut l'existence de ce SPOF dans le réseau de Belgacom a pour résultat de créer une discrimination sur le marché de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle non résidentielle.

Le contexte factuel relatif à l'interconnexion, visé par la décision.

09. Lors de l'examen de l'offre de référence BRIO 2006, les OLO ont attiré l'attention de l'IBPT sur l'existence d'un point de rupture dans l'interconnexion (SPOF) dans le réseau de Belgacom.

L'existence de ce point devient détectable par le client de l'opérateur en cas d'utilisation du service 'd'accès sécurisé'.

Le service offre la garantie que le client pourra continuer à faire des appels téléphoniques et rester joignable, même en cas de défaillance au niveau de son accès au réseau.

Il est offert tant par les OLO que par Belgacom et les clients intéressés sont ceux pour lesquels des séries de numéros spécifiques, dits 'numéros partagés' (shared number ranges) sont mis en service.

10. La configuration du système de transmission des appels téléphoniques se présente comme suit dans le cas où l'appel est destiné à un client de Belgacom qui utilise un numéro d'une série de numéros partagés et jouit du service d'accès sécurisé :

- le client est raccordé à deux centraux locaux (L-AGE) et l'analyse du numéro est effectuée par deux centraux de transit régionaux (A-AGE) auxquels chacun des L-AGE est connecté; lorsqu'un problème survient au niveau d'un des L-AGE, un A-AGE route l'appel vers le second L-AGE ; l'analyse du numéro peut se faire au niveau de chacun des A-AGE ; en cas de problème technique au niveau d'un de

ces A-AGE, l'autre prend en charge l'analyse et assure le routage vers un des L-AGE.

Lorsque l'appel est initié à partir du réseau de Belgacom ou transmis via ce réseau et destiné à un client qui utilise un numéro d'une série de numéros partagés, mais qui a fait porter son numéro vers un OLO, la transmission de l'appel repose sur l'interconnexion suivante :

- l'utilisateur final est lié à deux A-AGE et dispose d'une interconnexion redondante ; un des A-AGE effectue le routage vers un unique L-AGE qui contient le bloc de numéros auquel appartient le numéro porté ; lorsque ce central local constate que le numéro a été porté, il renvoie l'appel vers un des A-AGE qui route l'appel vers un des A-AGE de l'OLO.

En résumé la survenance d'un SPOF est liée au fait que l'analyse d'un numéro porté se fait dans le réseau de Belgacom au niveau d'un unique L-AGE (central local) au lieu de deux A-AGE (central de transit). Lorsque ce L-AGE connaît un problème à un moment donné, l'appel n'est pas routé à un niveau supérieur (A-AGE) et n'aboutira pas sur le réseau de l'OLO vers lequel le numéro a été porté.

11. Au cours de l'examen par l'IBPT du BRIO 2006, les OLO ont signalé qu'ils désirent pouvoir offrir à leurs clients le même service sécurisé que Belgacom offre à ses clients.

Ceci supposait selon eux que l'analyse du numéro porté se fasse au niveau des deux A-AGE au lieu de l'unique L-AGE.

Dans sa décision du 22 décembre 2005 relative au BRIO 2006 l'IBPT n'a pas pris position sur la question et a décidé de postposer sa décision sur ce point.

Dès janvier 2006, des séances de travail ont été organisées par l'IBPT pour examiner le problème de manière plus approfondie. Belgacom et la Plate-forme des OLO y ont contribué.

12. Au cours de ces travaux, Belgacom a soutenu que le SPOF n'est pas un phénomène propre à son réseau et que l'ensemble des réseaux de départ d'appel étaient concernés. Les clients des OLO qui feraient porter leur numéro chez Belgacom pourraient donc également se heurter à l'existence d'un SPOF dans le réseau quitté.

Toujours selon Belgacom, chaque NANO (network allocated number operator) est responsable du routage des appels vers le réseau sur lequel un numéro appelé a été porté et partant tous les NANO sont concernés.

Elle en déduisait que la demande des OLO devait être traitée dans le cadre de l'examen des questions relatives à la portabilité des numéros.

Par ailleurs Belgacom a également proposé différentes mesures qui seraient de nature à résoudre le problème.

13. Les OLO estimaient qu'à défaut d'un service de gros approprié ils n'étaient pas en mesure de concurrencer Belgacom (sur le segment du marché de détail de l'accès sécurisé), dès lors que Belgacom pouvait utiliser sa position puissante sur le marché de la téléphonie fixe et sur le marché du transit pour maintenir ou renforcer cette position sur le segment des offres de détail de l'accès sécurisé.

En effet, l'existence du SPOF aurait pour conséquence que les clients qui seraient tentés de faire porter leurs numéros sécurisés vers un OLO y renonceraient. De facto le portage des numéros avec accès sécurisé serait ainsi rendu impossible.

Les OLO soulignaient que la part de marché de Belgacom étant beaucoup plus importante que celle de chacun d'entre eux, ils ne pouvaient être soumis aux mêmes obligations que Belgacom et qu'il revenait donc à Belgacom seule de résoudre le problème technique.

La motivation de la décision attaquée et son exécution.

14. L'IBPT a constaté que dans les cas où un appel est initié vers un numéro porté vers le réseau d'un OLO, le service d'accès sécurisé peut se heurter à l'existence d'un SPOF et que les OLO se plaignent de ce que ce phénomène a pour effet d'entraver la concurrence sur le segment du marché de la fourniture d'un service d'accès sécurisé.

L'Institut constate l'existence d'une discrimination sur la base des éléments suivants :

- en ce qui concerne la sécurisation du routage des appels vers les numéros mis en accès sécurisé, une fonctionnalité qui est offerte pour les appels à destination des clients de Belgacom n'est pas offerte pour les appels à destination des clients des autres opérateurs ;

- l'existence d'un SPOF dans le réseau de Belgacom entrave effectivement le développement de la concurrence vu qu'il empêche les OLO de pénétrer efficacement le segment de marché de la fourniture d'un service d'accès sécurisé ;

- la décision de l'IBPT du 19 juin 2006 relative à l'analyse des marchés de l'accès téléphonique (marchés 1 et 2) a désigné Belgacom comme disposant d'une puissance significative sur le marché. Il s'ensuit que les numéros alloués à Belgacom constituent une proportion importante des numéros en Belgique et ceci vaut également pour les numéros utilisés pour les services d'accès sécurisés qui sont destinés de fait aux grandes entreprises, dont Belgacom est pour une grande partie l'opérateur NANO. Dès lors l'imposition d'une mesure spécifique à l'égard de Belgacom se justifie.

- il s'est avéré en outre que des SPOF n'existent pas dans le réseau de huit autres opérateurs, si bien que le problème que les clients rencontrent en venant de Belgacom ne se produit pas lorsque ceux-ci portent leurs numéros vers Belgacom. Il s'ensuit qu'une mesure générique affectant tous les opérateurs dans le cadre de la portabilité des numéros ne se justifie pas.

Par ailleurs l'IBPT considère que :

- l'offre d'un service de gros (wholesale) approprié permettrait d'éliminer le SPOF du réseau de Belgacom et rendrait possible la 'réplicabilité' complète du service 'accès téléphonique sécurisé, ce qui permettrait aux OLO de pénétrer sans entraves le segment du marché en question ; à cet égard Belgacom n'a du reste pas soulevé une impossibilité d'ordre technique.
- l'argument de Belgacom qu'il n'est pas possible de fournir un service de gros équivalent à un service de détail, étant donné que celui-ci se rapporte à des lignes raccordées à un central local devait être rejeté au motif que la faisabilité du service de gros ne dépend pas de la connexion physique sur le central local; l'analyse des numéros et le routage correct des appels sont des éléments constitutifs du service d'accès sécurisé.
- les solutions alternatives proposées par Belgacom ne sont pas toujours appropriées et ne suppriment pas le SPOF mais en limitent uniquement l'impact.

15. En exécution de la décision attaquée, Belgacom a soumis une proposition d'offre de services de gros, qui a été acceptée par l'IBPT après amendement.

Il s'agit d'un 'Annex B: service - plan 130' 'Belgacom secured call handling to Belgacom ported out numbers' offert aux conditions tarifaires suivantes: une redevance annuelle de 2.000 euros et un prix par appel pour l'interrogation d'une base de données d'un montant de 0,0781 € par appel en période 'peak' et de 0,0410 € par appel 'off peak'.

Belgacom a été contrainte de supprimer une clause suivant laquelle en vertu d'une obligation de réciprocité les OLO seraient tenus d'offrir un même service à des conditions identiques. Cette suppression est motivée par la considération que les OLO ne sont pas soumis à une obligation de non discrimination, mais bien à la seule obligation de négocier de bonne foi dans les relations entre opérateurs.

Les griefs formulés par Belgacom.

16. Belgacom invoque tout d'abord une violation de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 et du principe général de droit d'être préalablement entendu.

Belgacom fait valoir à cet égard que l'IBPT ne l'a jamais invitée à réagir aux affirmations des OLO qui ont prétendu, en réponse à une question posée par l'IBPT, que leur réseau n'était pas affecté d'un SPOF. Or la décision de l'IBPT de ne pas traiter le problème du SPOF dans le cadre de la portabilité des numéros reposerait sur ces affirmations.

Belgacom fait par ailleurs état de l'existence de SPOF dans les réseaux des OLO, de sorte que la décision reposerait également sur une erreur d'appréciation manifeste.

Enfin elle se plaint de ce qu'elle a été traitée différemment des autres opérateurs, dès lors qu'elle a été exclue de la consultation organisée par l'IBPT sur ce point.

17. Le deuxième grief, qui comprend trois parties, est tiré de la violation des articles 15 et 16 de la directive « cadre », de l'article 17 de la directive « service universel », des articles 8 et 10 §2 de la directive « accès », des articles 55, 58, 59 et 64 de la loi du 13 juin 2005 et enfin de la décision de l'IBPT du 19 juin 2006 relative à l'analyse des marchés 1 et 2.

Belgacom fait tout d'abord valoir une contradiction ou une incohérence dans la décision en ce qui concerne les fondements juridiques invoqués pour justifier la mesure adoptée.

La décision attaquée mentionne d'un côté l'article 10 §2 de la directive « accès » et les articles 55 et 58 de la loi du 13 juin 2005 lesquels concernent le marché de gros - et d'un autre côté la décision du 19 juin 2006 de l'IBPT, laquelle concerne le marché de détail .

Or, selon Belgacom, un remède (la décision) ne pourrait à la fois reposer sur une analyse du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle résidentielle et sur une analyse du marché de gros d'accès. Les procédures spécifiques à mettre en œuvre sont différentes dans les deux cas et celles-ci n'auraient d'ailleurs pas été respectées. Les obligations qui peuvent être imposées au titre des conclusions des analyses de marché sont également distinctes.

Belgacom fait ensuite valoir que la décision est dépourvue de tout fondement légal en ce qu'elle repose sur une confusion des dispositions applicables. Selon Belgacom, la décision qui considère 'l'accès sécurisé' comme un accès au sens de l'analyse du « marché 2 », porte en réalité sur les mécanismes opérationnels liés à la portabilité des numéros. La portabilité des numéros étant une obligation imposée à tout fournisseur autorisé et un droit dont bénéficie chaque utilisateur final, elle serait étrangère au cadre des analyses de marchés.

Belgacom en déduit qu'en matière de portabilité elle ne pourrait être identifiée comme opérateur puissant de sorte qu'aucune des obligations prévues par les directives 'accès' ou 'service universel' ne pourrait lui être imposée.

Belgacom critique également la référence faite dans la décision attaquée à l'obligation de non discrimination imposée par la décision de l'IBPT du 19 juin 2006 qui aurait une portée différente de celle que l'IBPT lui attribue pour justifier la mesure adoptée.

Elle relève que l'obligation de non discrimination n'a été imposée que pour deux offres de services de gros, liées à la fourniture de services d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée, -mais qui n'ont aucun rapport avec l'accès sécurisé-, c'est-à-dire 'la fourniture en gros de départ d'appel pour la sélection et la présélection' et 'la revente de l'abonnement au réseau téléphonique public'.

18. En troisième lieu, Belgacom estime que la décision attaquée viole l'arrêté royal du 16 mars 2000 relatif à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de télécommunications et l'article 11 de la loi du 13 juin 2005.

Ce grief est lié à la deuxième partie du deuxième grief en ce qu'il repose sur la considération que l'objet réel de la décision attaquée est de régir les conditions de la

portabilité des numéros. Selon Belgacom, la réglementation spécifique à cette matière n'a pas été respectée par l'Institut.

Belgacom estime que quand bien même la décision serait légalement assise sur les bases indiquées dans la décision, encore resterait-il que l'Institut ne pouvait pas méconnaître les dispositions légales contraignantes relatives à la portabilité.

Belgacom soutient que l'IBPT n'a qu'une compétence très limitée en la matière étant donné que l'article 11 de la loi du 13 juin 2005 confère au Roi (seul) la compétence pour préciser les modalités de portabilité, sur avis de l'Institut.

En outre elle objecte à la thèse de l'IBPT qu'aucune disposition n'impose l'obligation de non discrimination, la réglementation en matière de portabilité entraînant les mêmes obligations pour tous les opérateurs.

Enfin elle fait remarquer que la décision a pour effet de contraindre Belgacom à modifier l'architecture de son réseau, alors que les articles 10 et 13 de l'arrêté royal du 16 mars 2000 laissent la décision quant à ce à chaque opérateur.

19. Enfin Belgacom présente un quatrième moyen tiré de l'excès de pouvoir.

Elle expose que la décision fait une application erronée du principe de non-discrimination en ce qu'elle réserve le même traitement à deux situations très différentes : celle des numéros partagés des clients de Belgacom et celle des numéros partagés portés de chez Belgacom vers un autre opérateur. Or, selon Belgacom, la différence entre ces situations justifierait précisément un traitement différencié.

En second lieu, elle critique le défaut de motivation de la décision d'imposer une offre « wholesale ». La décision ne justifierait pas la nécessité de cette obligation par rapport au problème constaté et l'objectif poursuivi.

La décision d'imposer une offre wholesale ne serait en outre pas proportionnée par rapport à cet objectif -étant donné que la préparation et la mise en pratique d'une offre a un impact non négligeable- et en outre discriminatoire à l'encontre de Belgacom.

Le cadre réglementaire.

20. La décision attaquée renvoie au nouveau cadre réglementaire concernant les communications électroniques constitué par les directives européennes du 07 mars 2002 (2002/19/CE « accès », 2002/20CE « autorisation », 2002/21 « cadre » et 2002/22/CE « service universel ») et par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Le chapitre II du troisième titre de la loi du 13 juin 2005, qui traite des garanties pour une concurrence loyale, détermine dans ses articles 54 à 56 la procédure d'analyse des marchés pertinents et de désignation du ou des opérateurs disposant d'une puissance significative sur ces marchés.

L'article 55 §2 dispose notamment que si l'Institut conformément au §4 conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient une quelconque des obligations visées aux articles 58 à 65.

Dans le troisième paragraphe de cet article il est énoncé que si l'Institut conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie conformément au §4 tout opérateur disposant d'une puissance significative sur ce marché, et lui impose celles parmi les obligations visées aux articles 58 à 65 qu'il estime appropriées.

Le quatrième paragraphe prescrit notamment que l'Institut envoie ses décisions renvoyant à ce paragraphe à une concertation préalable avec le Conseil de la Concurrence.

L'article 58 de la loi du 13 juin 2005 dispose qu'en ce qui concerne l'accès, l'Institut peut, conformément à l'article 55 §3 et §4, imposer des obligations de non-discrimination.

Enfin, l'article 59 §2 énonce que lorsqu'un opérateur est soumis à des obligations de non-discrimination, l'Institut peut lui imposer de publier une offre de référence qui doit être suffisamment détaillée pour garantir que les opérateurs ne soient pas tenus de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé.

Aux termes de l'article 10 §2 de la directive « accès », *'les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires'*.

21. La matière relative à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de télécommunications est régie par l'arrêté royal du 16 mars 2000 relatif à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de télécommunications, modifié par l'arrêté royal du 23 septembre 2002, ainsi que par l'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité des numéros des utilisateurs finals des services de télécommunications mobiles offerts au public, modifié par l'arrête royal du 20 mars 2007.

L'article 12 de l'arrêté royal du 16 mars 2000 prévoit que le droit de l'abonné au transfert de son numéro de téléphone doit être garanti par un service qui respecte certaines exigences de qualité, notamment : 1° l'abonné ne remarque qu'une différence à peine perceptible entre les appels vers un numéro transféré et les appels vers un numéro non transféré ; 2° l'appelant n'est pas informé du fait qu'il appelle un numéro transféré.

L'article 13 dudit arrêté royal fixe les règles qui s'appliquent aux opérateurs en ce qui concerne le service de portabilité du numéro.

Par ailleurs, l'article 11 § 6 de la loi du 13 juin 2005 dispose que le Roi fixe, après avis de l'Institut, les modalités de portabilité des blocs de numéros entre opérateurs.

Discussion.

Le moyen tiré de la violation du principe d'être préalablement entendu.

22. Selon Belgacom la décision a été prise en violation de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003, aux termes duquel le Conseil de l'IBPT est tenu d'offrir à toute personne directement et personnellement concernée par une décision la possibilité d'être entendue au préalable.

Cette disposition consacre le principe général de bonne administration qui requiert que les éléments sur lesquels l'administration compte fonder sa décision soient soumis à l'intéressé et qu'il lui soit donné l'occasion de défendre son point de vue.

L'IBPT aurait méconnu ce principe dès lors qu'il n'a pas interrogé Belgacom sur l'existence de SPOF dans les réseaux des OLO et qu'il ne lui a pas donné la possibilité de réagir aux affirmations de ces derniers quant à l'absence de problème sur leur réseau. Ce faisant, l'IBPT aurait en outre réservé un traitement différent à Belgacom. Or, la question était pourtant importante vu que les réponses des OLO ont influencé la position de l'IBPT qui a rejeté une solution générique et estimé devoir imposer à Belgacom la publication d'une offre de référence.

23. L'IBPT émet des doutes sur la recevabilité de ce grief qui n'a pas été formulé dans la requête d'appel.

La loi 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 prévoit dans son article 3 que pour l'ensemble des aspects qui ont trait à la procédure, le Code judiciaire est d'application.

Le législateur n'a donc pas entendu instaurer un ensemble de règles spécifiques, dérogeant au droit judiciaire privé commun.

En ce qui concerne la recevabilité du recours, ladite loi prescrit uniquement qu'il doit être formé dans les soixante jours à partir de la notification de la décision attaquée. Ce délai a été respecté.

24. S'agissant de l'obligation de la partie requérante de motiver le recours contre une décision de l'IBPT, il y a lieu d'avoir égard à la spécificité du litige qui, au sens de la dite loi, n'oppose pas des parties comme c'est le cas dans un procès civil commun.

L'article 702 du Code judiciaire, qui régit en principe l'introduction d'une demande en justice, dispose que l'acte introductif de l'instance doit notamment énoncer l'objet de la demande et contenir un résumé des moyens et ce sous peine de nullité.

Suivant la jurisprudence de la cour de cassation, cette disposition vise l'obligation d'indiquer les circonstances de fait qui sont à la base de la demande.

Cependant, en vertu de l'article 2 du Code judiciaire, les règles énoncées dans ce code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code.

25. Vu l'objet et la spécificité du recours en annulation devant la cour, instauré par ladite loi du 17 janvier 2003, qui tend à entendre annuler une décision d'une autorité administrative, il ne se conçoit guère que la requête introductive n'indique pas en quoi la décision attaquée est illégale.

Dès lors la demanderesse doit également présenter des moyens d'annulation.

Mais à défaut d'une disposition légale et d'un principe de droit qui impose d'indiquer dans la requête introductive tous les moyens en droit présentés à l'encontre d'une décision du Conseil de l'IBPT, et ce limitativement, rien ne s'oppose à ce que la partie demanderesse en ajoute dans ses observations en cours de procédure, le respect des droits de la défense restant sauf.

Dans le cas d'espèce, l'IBPT a eu l'occasion de répondre à tous les moyens.

Dès lors, l'exception d'irrecevabilité du moyen doit être rejetée.

26. La demande d'information que l'IBPT a adressée aux seuls OLO et que Belgacom critique en ce qu'elle-même n'y a pas été associée, date du mois de septembre 2006. Elle est donc postérieure à la lettre du 25 août 2006 émanant de Belgacom dans laquelle celle-ci émet ses observations sur le projet de décision de l'IBPT.

Le courriel concerné du 06 septembre 2006, adressé aux différents OLO, démontre que l'IBPT a entendu obtenir une clarification de la part de ces derniers au sujet de l'argument que Belgacom avait avancé pour contester l'absence d'une mesure générique et qui consiste à dire qu'il existe des SPOF également au niveau des réseaux des OLO.

27. Il ressort des éléments du dossier que Belgacom a été associée à toutes les activités du groupe de travail au sein duquel elle a eu l'occasion de présenter son point de vue aussi bien oralement que par écrit. Elle ne se plaint pas de ce qu'elle n'ait pas pu présenter efficacement son point de vue à cause de la méthode de travail suivie par l'IBPT, qui a eu pour effet que Belgacom était mise en présence continue des représentants des OLO. Elle ne prétend pas non plus qu'elle a été amenée à modifier son point de vue au fond du fait de la présence des OLO dans un souci de protéger des secrets d'affaires.

Ensuite elle a pu défendre par écrit sa position au sujet de la mesure préconisée par l'IBPT lors de la consultation sur le projet de décision.

La question qui a été soumise aux OLO a indirectement été soulevée par Belgacom elle-même dans ses observations sur le projet de décision et le résultat de l'interrogation subséquente des OLO n'était en réalité pas autre chose qu'une infirmation du point de vue de Belgacom quant à l'existence de SPOF dans leurs réseaux.

Au terme de l'enquête menée par l'IBPT, celui-ci avait recueilli tous les éléments pour fonder son appréciation et sur lesquels toutes les parties concernées ont pu s'exprimer.

Belgacom n'a dès lors pas été traitée de façon discriminatoire et l'IBPT n'a pas porté atteinte à son droit d'être entendu.

Le grief n'est pas fondé.

Quant à la base juridique de la décision attaquée.

28. Il y a lieu d'observer tout d'abord que la décision attaquée ne peut être dissociée de la décision de l'IBPT du 22 décembre 2005 relative à l'offre BRIO 2006.

En effet, lorsque l'IBPT a pris sa décision du 22 décembre 2005 il a indiqué qu'il se réservait la possibilité d'examiner de façon plus approfondie certains aspects de cette offre, eu égard à plusieurs problèmes que les OLO avaient soulevés.

L'IBPT a fondé sa décision du 22 décembre 2005 *'sur les mêmes principes que ceux qui l'ont guidé dans l'examen des offres de référence de Belgacom pour les années précédentes'* qui sont plus amplement détaillés sous les numéros 1 à 8 de la rubrique 01. de cette décision.

En ce qui concerne ces principes il y est en substance renvoyé aux dispositions des articles 109ter, §3 et §4 de la loi du 21 mars 1991.

Dans le recours dont elle a fait l'objet devant la cour, la décision du 22 décembre 2005 n'a du reste pas été critiquée sous l'aspect de son fondement juridique en général.

29. Dans ladite décision du 22 décembre 2005 l'IBPT a également attiré l'attention sur l'évolution de l'environnement juridique dans lequel l'Institut devait prendre sa décision et sur l'incidence de celui-là sur l'offre BRIO 2006.

Il a notamment indiqué que *« l'offre de référence BRIO est valable jusqu'au 31 décembre 2006, sauf si les obligations imposées à Belgacom suite aux analyses du marché sont applicables avant cette date. Dans ce cas, Belgacom devra remplir ces obligations consécutives au nouveau cadre réglementaire et plus les obligations découlant des articles pertinents pour l'interconnexion du Chapitre X « Opérateurs puissants, orientation sur les coûts et interconnexion » du Titre III de la loi du 21 mars 1991 et de l'article 105bis, alinéas 7 et 9 de la même loi. Belgacom et les opérateurs bénéficiaires de cette offre de référence doivent en tenir compte en ce qui concerne le fonctionnement dans le temps de l'offre de référence ».*

C'est cette évolution qui explique qu'au lieu de renvoyer à l'ancien cadre juridique, la décision attaquée du 11 octobre 2006 renvoie aux dispositions de la loi sur les communications électroniques.

30. L'IBPT a poursuivi l'exécution de sa décision du 22 décembre 2005 et l'examen du problème qui fait l'objet de la décision attaquée sous l'ancien cadre réglementaire.

La première décision portant sur une analyse de marché, et dont l'entrée en vigueur était requise pour rendre applicable le nouveau cadre réglementaire, n'est en effet intervenue que le 19 juin 2006 et elle n'est devenue exécutoire qu'après un délai d'un mois après sa publication sur le site de l'IBPT.

Il s'agit de l'analyse des marchés 1 et 2, c'est-à-dire l'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché 1) et pour la clientèle non résidentielle (marché 2).

Cette décision n'était pas encore exécutoire le 13 juillet 2006, date à laquelle l'IBPT a communiqué son projet de décision, raison pour laquelle dans sa rubrique 'bases juridiques' ce projet ne pouvait contenir aucune référence à cette analyse de marché. En revanche, parmi ces bases juridiques il est fait référence à l'article 162 de la loi du 13 juin 2005 qui concerne le maintien des obligations imposées sous l'ancien cadre, dans l'attente d'une analyse des marchés pertinents effectuée sous le nouveau cadre réglementaire.

31. Le 11 octobre 2006, jour où la décision attaquée a été rendue, la décision du 19 juin 2006 portant sur l'analyse des marchés 1 et 2 était devenue exécutoire.

Ainsi, une première modification dans le cadre juridique régissant les relations entre le régulateur et les opérateurs est intervenue entre la date du projet de décision et celle de la décision attaquée.

En effet, dès l'instant où une analyse de marché exécutoire est disponible, seule cette analyse peut constituer une source d'obligations relativement au marché concerné et dès lors l'ancien cadre légal ne saurait plus fournir une base juridique utile pour imposer quelque obligation que ce soit à l'opérateur qui a été désigné comme disposant d'une puissance significative sur ce marché.

32. Contrairement au projet de décision communiqué aux parties concernées en date du 13 juillet 2006, la décision définitive, actuellement attaquée, mentionne cette analyse des marchés 1 et 2 parmi ses bases juridiques.
Il s'agit de deux marchés d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée.

Aux termes de la directive 2002/19/CE du 07 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, le terme 'accès' est défini comme : *'la mise à la disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques'*.

L'interconnexion y est qualifiée comme *'un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics'*, après être définie comme : *'la liaison physique et logique des réseaux de communications publics utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise'*.

33. Au terme de son analyse des marchés 1 et 2 l'IBPT a désigné Belgacom comme un opérateur puissant sur l'ensemble des marchés de l'accès au réseau téléphonique public et a estimé qu'en vue de la promotion de la concurrence il y a lieu d'imposer des remèdes. La concurrence y est considérée tant au niveau des infrastructures qu'au niveau des services à prester aux utilisateurs finals.

Eu égard au développement faible de la concurrence sur les dits marchés, il a estimé devoir maintenir deux remèdes de gros existants et en imposer un autre. En outre il a choisi de maintenir une série de remèdes de détail.

Les obligations imposées à Belgacom concernent cinq domaines (prestation d'accès et d'interconnexion, non discrimination, transparence, séparation comptable, contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts) et forment le contenu de deux offres de référence. Il s'agit d'offres concernant la sélection et la présélection d'une part, qui existaient déjà, et celle concernant la revente d'abonnement d'autre part, qui est nouvelle.

L'analyse énumère huit problèmes que les remèdes cherchent à résoudre, mais un problème dans le chef des OLO relatif à l'accès sécurisé aux numéros partagés de Belgacom n'y est pas mentionné en tant que tel.

34. Par conséquent la décision du 19 juin 2006 ne peut fournir une base juridique utile pour imposer à Belgacom une obligation qui serait de nature à porter remède à un problème qui avait été soulevé dans le cadre du BRIO 2006, mais qui est étranger à un des problèmes soulevés dans l'analyse des marchés 1 et 2.

La thèse de l'IBPT suivant laquelle il pourrait au départ d'une analyse de marché effectuée imposer ex ante de nouvelles mesures dans le cadre de 'régulation journalière' au fur et à mesure qu'un problème est détecté, doit être rejetée.

La sécurité juridique s'oppose à ce que l'opérateur désigné comme ayant une puissance significative sur un marché puisse, du chef de l'analyse de celui-ci, être tenu ultérieurement à une obligation qui n'a pas été retenue à sa charge en vue de remédier à un problème concurrentiel sur ce marché pour la durée de validité de cette analyse.

En effet, l'analyse de marché constituant le seul cadre juridique général pouvant justifier de mesures de régulation ex ante, telle qu'une offre de référence, l'opérateur puissant sur un marché ne peut être soumis à d'autres obligations que celles qui lui ont été imposées par la décision d'analyse de marché.

35. Par ailleurs, l'article 16, 3^e de la directive 'service universel' prévoit que les Etats membres veillent à ce que, dès que possible après l'entrée en vigueur de la directive, et à intervalles réguliers par la suite, les autorités nationales procèdent à une analyse du marché, conformément à l'article 16 de la directive 'cadre' pour décider s'il convient de maintenir, modifier ou supprimer les obligations relatives aux marchés de détail. A cet égard la procédure décrite à l'article 7 de la directive 'cadre' doit être suivie.

Dès lors, s'il devait s'avérer qu'un problème auquel le régulateur désire remédier au regard de la promotion de la concurrence sur un marché et au sujet duquel le remède de l'offre de référence n'a pas été retenu lors de l'analyse de ce marché, il lui

reviendra éventuellement d'engager une nouvelle procédure d'analyse du marché concerné avant de pouvoir imposer une nouvelle obligation.

36. En outre il y a lieu d'observer qu'il ressort de l'examen de l'offre de référence BRIO 2006 effectué par l'IBPT, que celui-ci a identifié le problème relatif à l'accès sécurisé aux numéros partagés comme un problème relevant de l'interconnexion et non pas comme un problème d'accès au réseau de Belgacom.

Il n'est par ailleurs pas douteux que 'l'accès' dit 'sécurisé' aux numéros partagés est étranger à la notion d'accès définie à l'article 2 de la directive 'accès'.

37. La deuxième décision relative à une analyse de marché qui était prise par l'IBPT dès avant la décision attaquée, et qui le cas échéant pouvait justifier d'une décision réglementaire ex ante est celle du 11 août 2006 qui porte sur les marchés 3, 4, 5 et 6 ainsi que sur les marchés 8, 9 et 10.

Elle fut publiée sur le site de l'IBPT le 16 août 2006 et son entrée en vigueur date d'un mois après sa publication.

L'IBPT ayant identifié dans sa décision du 22 décembre 2005 le problème de l'accès sécurisé aux numéros partagés comme un problème relatif à l'interconnexion, et la décision attaquée traitant de son côté le problème lié à un aspect des services de terminaison d'appel au niveau du marché de gros, cette analyse pouvait le cas échéant fournir le cadre légal général pour justifier d'une mesure d'offre de référence par rapport à ce problème.

38. En effet, dans la partie de la décision du 11 août 2006 consacrée au marché de gros des services de terminaison d'appel sur le réseau public fixe en position déterminée (marché 9), l'IBPT a désigné Belgacom comme opérateur disposant d'une puissance significative sur ledit marché.

L'Institut y considère en général qu'il est prématuré de retirer les obligations qui pesaient déjà sur Belgacom en matière de terminaison d'appel sous l'ancien cadre.

Pour ce qui concerne le marché 9, l'IBPT a désigné tous les opérateurs fournissant des services de terminaison d'appel en tant qu'opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché de gros de la terminaison d'appel sur son réseau téléphonique public fixe. Il a toutefois estimé qu'en raison de la puissance de marché supérieure dans le chef de Belgacom, il y avait lieu d'imposer des remèdes asymétriques.

Il a analysé les différents problèmes auxquels il y a lieu, selon lui, d'apporter des remèdes et indique les cinq mesures de correction qui sont nécessaires pour pallier huit problèmes auxquels les opérateurs pourraient se voir confrontés.

L'IBPT y expose à cet égard les raisons qui selon lui démontrent que l'offre de référence reste nécessaire au regard de la mise en oeuvre des remèdes de prestations d'accès et d'interconnexion, de la transparence et la non-discrimination. La proportionnalité de chacun des remèdes y est également longuement motivée.

39. La décision du 11 août 2006 confirme également que l'offre de référence doit en tout cas comporter les mêmes éléments qu'elle comportait sous l'ancien cadre élémentaire et elle cite à cet égard la décision du 22 décembre 2005 sur l'offre BRIO 2006 qui contient le détail des obligations en termes d'offre de référence.

Elle confirme que l'offre de référence est valable pendant une période d'un année, allant du 1 janvier au 31 décembre et qu'au cas où une nouvelle décision d'approbation n'intervient pas, elle reste valable aussi longtemps que l'IBPT n'en aura pas décidé autrement.

Il y a lieu de relever également que l'IBPT avait annoncé dans sa décision du 22 décembre 2005 que le groupe de travail préconisé –et effectivement mis en place– avait pour but de *'aborder certains sujets sur lesquels une décision définitive n'a pas encore été prise et/ou qui nécessitent que des discussions se poursuivent. De cette manière, le groupe de travail contribuera à un suivi efficace de la décision relative à l'offre d'interconnexion de référence'. Il appartiendra à l'IBPT d'examiner les suites à donner aux discussions de ce groupe'*.

Devant l'ensemble de ces décisions, et à supposer que l'accès sécurisé aux numéros partagés constituait un problème concurrentiel à réguler ex ante, il eut dès lors été logique d'intégrer la solution pour ce problème dans l'offre de référence BRIO.

40. Toutefois, la décision attaquée ne mentionne pas cette analyse de marché parmi ses bases juridiques.

Cet élément a été soulevé d'office par la cour et les parties ont été invitées à exposer un point de vue quant à ce.

Il est ressorti de l'exposé de l'IBPT que celui-ci n'a pas entendu se baser sur cette analyse de marché pour justifier la décision attaquée mais qu'au contraire il l'a voulue comme décision autonome, imposant à Belgacom une obligation sur la base du principe de non discrimination, indépendamment de tout problème relatif à l'interconnexion.

Force est dès lors de constater que l'IBPT n'a pas eu pour but de compléter l'offre de référence BRIO 2006 et d'étendre ce remède au point resté en suspens lors de la décision du 22 décembre 2005, notamment en ce qui concerne l'offre d'accès sécurisé aux séries de numéros partagés de Belgacom, tel qu'indiqué sous le point 1.c.c de cette décision.

Il impose au contraire une obligation d'offre de référence distincte de celle du BRIO.

41. L'accès sécurisé aux numéros partagés n'ayant pas été identifié comme problème à réguler sous l'angle de la concurrence sur les marchés 1 et 2 d'une part, ni n'ayant été porté sous l'application de l'analyse du marché 9 d'autre part, c'est à bon droit que Belgacom conteste tout fondement légal à la décision attaquée du 11 octobre 2006.

Dès lors le recours est fondé.

Il y a lieu de mettre à néant la décision attaquée sans plus.

42. Quant à l'indemnité de procédure, il y a lieu de considérer le suivant.

Dans leurs dernières conclusions, déposées après la réouverture des débats, les parties se bornent à demander le bénéfice des conclusions qu'elles avaient déposées antérieurement.

Dans les dites conclusions les parties avaient taxé de part et d'autre l'indemnité de procédure au montant applicable au moment du dépôt de ces conclusions. Toutefois, eu égard au changement de législation intervenue après le dépôt de ces conclusions, les parties avaient déclaré à l'audience publique qu'elles demandaient l'application du tarif de base.

S'agissant d'un litige qui n'est pas évaluable en argent, il y a lieu de taxer cette indemnité ainsi qu'il en est décidé ci-après.

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 et le déclare fondé.

Annule la décision attaquée.

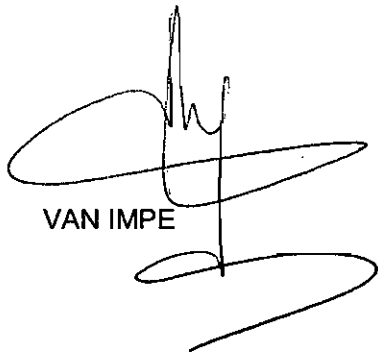
Condamne l'IBPT au paiement des frais de la procédure, liquidés à 1.386 euros pour la requérante (indemnité de procédure + frais de mise au rôle).

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la **chambre 18** de la Cour d'appel de Bruxelles le **23 -03- 2009**

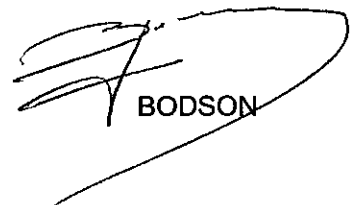
Où étaient présents :

- P. BLONDEEL,
- K. MOENS,
- E. BODSON,
- D. VAN IMPE,

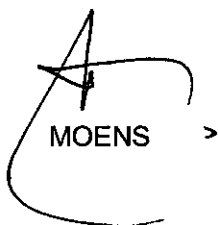
président,
conseiller,
conseiller,
greffier.



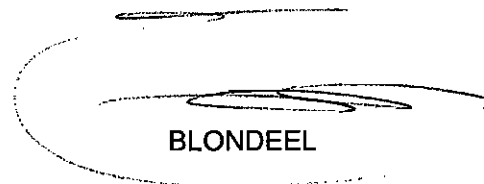
VAN IMPE



BODSON



MOENS >



BLONDEEL