

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2005/AR/3114

R. n° : 2006/AR/1647

N° : 1647

Arrêt interlocutoire
Réouverture des débats
au 6-10-06
ghary - relis
Télécommunication -
organisme puissant -
orientation sur les coûts -
notion.

EN CAUSE DE :

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

Requérante,

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

Plaideurs : Maîtres D. Van Liedekerke et E. Van Parys,

CONTRE :

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

Partie adverse,

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

EN PRESENCE DE :

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,

Intervenante volontaire,

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

21 -09- 2006

I.- DECISION ATTAQUEE

Le recours est dirigé contre la décision prise par l'IBPT le 17 octobre 2005 concernant le plan tarifaire *Happy Time* de Belgacom.

II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

Le recours est formé par requête, déposée par Belgacom au greffe de la cour, le 25 novembre 2005.

Par requête déposée au greffe de la cour le 22 décembre 2005, Base intervient volontairement à la cause.

Par conclusions déposées le 3 mai 2006, Base se désiste de son intervention volontaire.

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.

21 -09- 2006

III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Belgacom est l'opérateur historique de télécommunications en Belgique qui fournit divers types de services, parmi lesquels la téléphonie vocale fixe.

Par décisions de l'IBPT des 26 avril 2002 et 14 avril 2003, Belgacom est désignée comme un *organisme puissant* sur le marché de la téléphonie vocale, en exécution de l'article 105 undecies de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, inséré par la loi du 19 décembre 1997.

Telenet et Versatel sont des opérateurs alternatifs sur le marché de la téléphonie fixe et concurrents de Belgacom.

Lorsqu'un appel est formé par le client d'un opérateur et qu'il est destiné à un client d'un autre opérateur, le premier opérateur doit rémunérer le second pour la prestation de terminaison qu'il fournit et qui correspond à l'acheminement de l'appel depuis le point d'interconnexion entre les deux réseaux jusqu'à l'appelé.

2. Par courrier du 31 janvier 2002, Telenet annonce à Belgacom qu'elle entend augmenter sensiblement ses tarifs de terminaison à partir du 1^{er} mars 2002.

Le 11 juin 2002, l'IBPT décide que ces tarifs sont raisonnables et que Belgacom doit les accepter et les payer, en exécution de l'article 109 ter § 3 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Le 19 juin 2002, Belgacom introduit un recours en annulation contre cette décision devant le Conseil d'Etat, où l'affaire est toujours pendante.

Le 30 avril 2003, Versatel communique, pour sa part, à Belgacom ses nouveaux tarifs de terminaison qui sont très nettement supérieurs aux anciens. Ne pouvant marquer son accord sur ceux-ci, Belgacom saisit l'IBPT qui, par décision du 7 décembre 2004, estime qu'il est raisonnable que Versatel aligne ses tarifs sur ceux de Telenet à savoir :

- heures pleines : set-up : 3,1989 eurocents
durée : 5,2263 eurocents
- heures creuses : set-up : 1,6749 eurocents
durée : 2,7452 eurocents.

L'IBPT précise que ces tarifs ne sont pas d'application pour la terminaison du trafic international et que Belgacom, en sa qualité d'organisme puissant, doit, conformément à l'obligation d'orientation sur les coûts qui lui incombe en vertu de l'article 106 § 1^{er}, 1^o de la loi du 21 mars 1991, répercuter les tarifs de terminaison de Versatel sur le prix de détail des appels vers le réseau de Versatel.

Par requête déposée le 6 janvier 2005, Belgacom introduit un recours contre cette décision devant la cour d'appel de Bruxelles, où l'affaire est toujours pendante.

3. Le 23 mai 2005, Belgacom notifie à l'IBPT le lancement d'un plan tarifaire, intitulé *Happy Time*, aux termes duquel le client de Belgacom peut appeler gratuitement vers les lignes fixes en Belgique, durant les heures creuses (entre 17h et 8h en semaine, le week-end et les jours fériés). Durant les heures pleines (entre 8h et 17h), le client paie un montant fixe de 30 centimes d'euros par appel vers l'ensemble des lignes fixes (à l'exclusion des appels Internet).

Tele2 intervient auprès de l'IBPT, le 6 juin 2005, pour se plaindre d'une sérieuse distorsion du marché. Le 27 juin 2005, elle introduit

21 -09- 2006

une demande de mesures provisoires devant le président du Conseil de la concurrence.

Le 15 juin 2005, la plate-forme des opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications demande l'intervention de l'IBPT, estimant que l'offre *Happy Time* constitue une infraction à l'obligation d'orientation sur les coûts et qu'il est impossible de concurrencer pareille offre.

Le 5 septembre 2005, l'IBPT publie sur son site Internet un projet de décision dans laquelle il analyse la régularité du plan tarifaire *Happy Time*, en particulier en ce qui concerne l'orientation sur les coûts. Réagissent à cette consultation, Base, Belgacom, Mobistar, Tele2, Telenet et la plate-forme des opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications.

Le 17 octobre 2005, l'IBPT prend la décision suivante :

1.- Vu les décisions de l'IBPT du 11 juin 2002 et du 7 décembre 2004, les appels vers Telenet et Versatel doivent être facturés de manière à refléter les coûts de terminaison sous-jacents et ce au plus tard le 1^{er} décembre 2005.

2.- Compte tenu de la sensibilité de la marge au profil de consommation moyen, une surveillance régulière de ce profil est justifiée pour s'assurer que l'orientation sur les coûts est respectée. Belgacom est tenue de communiquer mensuellement les données adéquates à l'IBPT.

3.- Compte tenu du risque que le plan tarifaire Happy Time conduise à une situation de prix ciseaux et de l'absence actuelle de remède spécifique sur le marché de détail concerné, l'IBPT transmet la présente décision au Conseil de la concurrence afin de contribuer à l'instruction ouverte devant cette instance.

Le 9 novembre 2005, l'IBPT prolonge jusqu'au 1^{er} janvier 2006, le délai imparti à Belgacom pour respecter l'obligation contenue dans le paragraphe 1^{er} de la décision.

4. Le 25 novembre 2005, Belgacom introduit un recours contre la décision du 17 octobre 2005. Aux termes de ses dernières conclusions, elle demande à la cour de la mettre à néant dans son premier point, à savoir que les appels vers Telenet et Versatel doivent être facturés à sa clientèle de manière à refléter les coûts de terminaison sous-jacents.

Par décision du 25 janvier 2006, l'IBPT met Belgacom en demeure de se conformer à la décision attaquée pour le 8 février 2006, sous peine d'amende administrative.

21 -09- 2006

A la suite de cette mise en demeure et d'un échange de courrier subséquent, Belgacom accepte, le 6 février 2006, sous toutes réserves et sans aucune reconnaissance préjudiciable, la proposition de l'IBPT qu'il soit satisfait à la décision attaquée par une facturation d'un forfait de 0,8590 € pour tout appel dirigé vers un abonné de Versatel ou de Telenet en heures pleines, en lieu et place des 0,30 € prévus dans le tarif *Happy Time*.

IV.- DISCUSSION

1.- Sur la qualification de Belgacom comme organisme puissant

5. Belgacom expose que sa dernière désignation comme opérateur puissant date du 14 avril 2003 et qu'aucune désignation n'est intervenue pour les années 2005 et 2006 qui concernent ses obligations dans le cadre du tarif *Happy Time*. Elle s'interroge en conséquence sur la question de savoir si sa désignation, qui n'a pas été renouvelée ou mise à jour, contrairement à ce que la loi prescrit, peut actuellement encore sortir ses effets et rendre applicables les obligations sectorielles spécifiques, et notamment celle de l'orientation sur les coûts prévue par l'article 106 § 1 de la loi du 21 mars 1991.

Elle s'en réfère à ce sujet à la sagesse de la cour (cf. ses conclusions n° 81).

La matière étant d'ordre public, il convient de vérifier si les obligations contenues dans la loi du 21 mars 1991 sont toujours applicables à Belgacom.

6. L'article 105 undecies de la loi du 21 mars 1991, inséré par la loi du 19 décembre 1997, disposait que :

L'institut établit et publie chaque année la liste des organismes fournisseurs d'un réseau public de télécommunications ou de services de télécommunications offerts au public considérés comme puissants sur un marché concerné et la liste des organismes puissants ayant des droits et obligations spécifiques en matière d'interconnexion et d'accès spécial en vertu du présent chapitre.

Est présumé puissant, tout opérateur détenant plus de 25 % du marché concerné.

Toutefois, quand l'institut détermine si un opérateur est puissant ou non, il peut prendre en considération tous les autres éléments qu'il juge pertinents, soit le chiffre d'affaires de l'opérateur par rapport à la taille du marché, son contrôle des moyens d'accès à l'utilisateur

21 -09- 2006

final, l'accès aux ressources financières, l'expérience ou la capacité de l'opérateur d'influencer les conditions du marché.

Cette disposition constituait la transposition de l'article 4 de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) qui prévoyait, en son paragraphe 3 que :

Un organisme est réputé être puissant sur le marché lorsqu'il détient une part supérieure à 25 % d'un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un État membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités.

Les autorités réglementaires nationales peuvent néanmoins décider qu'un organisme possédant une part inférieure à 25 % du marché concerné est puissant sur le marché. Elles peuvent également décider qu'un organisme détenant une part supérieure à 25 % du marché concerné n'est pas puissant sur ce marché. Dans les deux hypothèses, la décision tient compte de la capacité de l'organisme d'influencer les conditions du marché, de son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, du contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final, à des facilités d'accès aux ressources financières, ainsi que de son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché.

Il convient d'observer, d'emblée, qu'aux termes de cette directive la qualité d'organisme puissant ne dépendait pas, contrairement à ce que la loi nationale prévoit, d'une désignation préalable comme tel par l'autorité réglementaire nationale si l'opérateur détenait une part de marché supérieure à 25 %, ce qui est le cas pour Belgacom. L'intervention de l'autorité réglementaire nationale n'était requise que pour déroger à la règle édictée par la directive au premier aliéna du paragraphe 3 de l'article 4.

21 -09- 2006

7. A la suite de l'entrée en vigueur des nouvelles directives du 7 mars 2002 réformant le cadre réglementaire en matière de télécommunications, la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, entrée en vigueur le 30 juin 2005, a abrogé les articles 105 bis à 109 ter de la loi du 21 mars 1991 et donc l'obligation pour l'IBPT d'établir et de publier chaque année la liste des organismes puissants.

Cependant, l'article 162 de la loi du 13 juin 2005 dispose que :

Les obligations imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché par ou en vertu de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ainsi que les obligations imposées par ou en vertu de l'article 105bis, alinéas 7 et 9 de la même loi, sont maintenues jusqu'à la conclusion définitive du premier processus de détermination et d'analyse des

marchés pertinents par l'Institut, conformément aux articles 54 à 56.

Cette disposition constitue la transposition de l'article 27 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), qui prévoit que :

Les États membres maintiennent toutes les obligations prévues par leur législation nationale visées à l'article 7 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») et à l'article 16 de la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») jusqu'au moment où une détermination est faite concernant ces obligations par une autorité réglementaire nationale conformément à l'article 16 de la présente directive.

Les opérateurs de réseaux téléphoniques publics fixes reconnus par l'autorité réglementaire nationale comme puissants sur le marché de la fourniture de réseaux et de services téléphoniques publics fixes en vertu de l'annexe I, première partie, de la directive 97/33/CE ou de la directive 98/10/CE continuent d'être considérés comme des « opérateurs notifiés » aux fins du règlement (CE) n° 2887/2000 jusqu'au terme de la procédure d'analyse visée à l'article 16, après quoi ils cessent d'être considérés comme tels aux fins dudit règlement.

Il s'en déduit que les obligations qui pesaient sur Belgacom, en exécution de l'ancienne réglementation, étaient maintenues tant que l'IBPT n'avait pas procédé à l'analyse des marchés pertinents et désigné les opérateurs disposant d'une puissance significative sur ces marchés, sans qu'il soit nécessaire que l'IBPT désigne encore Belgacom comme organisme puissant pour les années 2005 et suivantes.

Belgacom ne s'y est d'ailleurs pas trompée puisqu'elle n'a jamais contesté le fait qu'elle restait soumise aux différentes obligations pesant sur un organisme puissant, qu'elles a, notamment, respectées en soumettant chaque année des offres de référence lorsqu'elle en était requise.

21 -09- 2006

2.- Sur le principe de l'orientation des tarifs sur les coûts

8. L'article 106 §1^{er}, 1° de la loi du 21 mars 1991 disposait que les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne les services de téléphonie vocale. Ainsi que cela a été rappelé au point 7, cette obligation est restée en vigueur, nonobstant l'adoption de la loi du 13 juin 2005.

C'est sur la base de cette disposition que l'IBPT a considéré que Belgacom était tenue de facturer à ses abonnés les appels dirigés

vers Telenet et Versatel, de manière à refléter les coûts de terminaison sous-jacents et que ces appels devaient donc être exclus du tarif *Happy Time*, tel qu'il lui avait été soumis.

Belgacom conteste ce point de vue et soutient que :

- il ne peut lui être imposé de répercuter les tarifs de terminaison excessifs de Telenet et de Versatel dans ses tarifs de détail ;
- l'obligation de l'orientation sur les coûts vise en premier lieu à éviter des tarifs trop élevés mais pas des tarifs trop bas ;
- le tarif *Happy Time*, pris dans sa globalité, permet de couvrir tous les coûts sous-jacents, même lorsqu'on tient compte des tarifs de terminaison des appels vers Telenet et Versatel, de sorte qu'il ne peut être qualifié de « trop bas » ;
- une augmentation des tarifs de détail entraîne des conséquences négatives tant pour les consommateurs que pour elle-même et ne protège aucun intérêt digne de protection ;
- c'est à tort que l'IBPT s'est appuyé sur le nouveau cadre réglementaire pour justifier sa décision, ayant d'ailleurs reconnu lui-même, dans le cadre de la consultation qu'il a lancée le 7 février 2006 concernant l'examen des marchés relatifs au service de la téléphonie fixe, qu'il y aurait lieu de supprimer, dans le chef de Belgacom, l'obligation d'orientation sur les coûts pour le service de téléphonie vocale.

Belgacom fait également valoir que la décision attaquée se fonde sur deux décisions antérieures prises par l'IBPT, les 11 juin 2002 et 7 décembre 2004, qu'elle considère comme illégales. Partant, elle estime que la décision attaquée doit être annulée pour les mêmes motifs que ceux qui sont invoqués à l'encontre de ces deux décisions.

- 21 -09- 2006
9. Dans ses conclusions, Belgacom se contente de résumer les moyens d'illégalité qu'elle invoque contre les décisions de l'IBPT de 2002 et de 2004, renvoyant la cour aux documents procéduraux déposés aux pièces 14 et 35 de son dossier (cf. point 117 de ses conclusions) qu'elle considère comme faisant partie intégrante de ses conclusions sans les joindre à celles-ci.

Or la plus grande partie de ces pièces de procédure sont rédigées en néerlandais qui n'est pas la langue de la présente procédure.

Par ailleurs, la cour ne peut considérer comme pièces de la présente procédure des pièces de procédure déposées dans d'autres causes, qui plus est devant une autre juridiction (en l'espèce le Conseil d'Etat).

Il convient donc d'ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer complètement, dans la langue de la procédure et dans de nouvelles conclusions de synthèse, sur les moyens d'illégalité soulevés par Belgacom contre les décisions de l'IBPT des 11 juin 2002 et 7 décembre 2004.

A cette occasion, la cour invite les parties à s'expliquer également sur l'incidence dans la présente action de la décision de l'IBPT du 11 août 2006, relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « Téléphonie fixe » sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003, décision visée à l'article 162 de la loi du 13 juin 2005.

V.- CONCLUSION

Pour ces motifs, la cour,

1. Donne acte à Base de son désistement d'instance et le décrète.
2. Ordonne la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer plus amplement comme précisé dans le présent arrêt.
3. Fixe la réouverture de débats à l'audience du 6-10-06 à 9 heures (date relais).
4. Réserve les dépens.

21 -09- 2006

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 21 -09- 2006

où étaient présents :

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


P. DELGUSTE - E. HERREGODTS - H. MACKELBERT - M. REGOUT