

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2004/AR/738

R. n°: 2006/2103

N°: 516

Arrêt définitif

Recours formé par Belgacom contre la décision de l'IBPT du 2 février 2004 concernant l'offre de référence de Belgacom pour l'accès à un débit binaire-BROBA II Tarifs-version 2004

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 au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 587.163,

Demanderesse au recours,

Représentée par Maître Nicole Cahen, avocat à 1060 Bruxelles, rue Henri Wafelaerts, 47-51,

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,

Défendeur au recours,

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

16 -03- 2006

I. La décision faisant l'objet du recours

1. Le 30 septembre 2003, Belgacom a communiqué à l'IBPT son projet d'offre de référence en matière d'accès à un débit binaire pour l'année 2004 (« Belgacom Reference Offer for the Bitstream Acces (BROBA) 2004 »).

La décision attaquée du 2 février 2004, notifiée à Belgacom le 18 février 2004, lui impose de modifier son offre de référence en ce qui concerne la tarification des prestations et de publier dans un délai d'un mois une offre de référence conforme aux dispositions de la décision.

La décision précise que les bénéficiaires de l'accès peuvent se prévaloir de cette décision sans attendre la publication de l'offre de référence.

Elle indique en outre que l'IBPT pourrait être amené, de sa propre initiative ou à la demande des acteurs du marché, à modifier sa décision.

La décision énonce que les aspects de l'offre de référence autres que ceux relatifs à la tarification feront l'objet d'une ou de plusieurs décisions ultérieures.

Se conformant à cette décision, Belgacom a modifié son offre de référence tout en exprimant des réserves concernant tant l'obligation qui lui est faite de publier une offre de référence en matière de débit binaire que l'obligation qui lui a été imposée de modifier son offre sur des points particuliers.

II. Conclusions des parties

2. En date du 18 mars 2004, Belgacom a introduit un recours aux termes duquel elle demande à la cour de:
 - o constater l'illégalité de la décision attaquée, en écarter l'application et confirmer son offre de référence BROBA 2004 telle qu'elle a été communiquée à l'IBPT le 30 septembre 2003 ;
 - o à tout le moins, déclarer la décision attaquée illégale et/ou inopportune sur les points qu'elle énumère et confirmer, sur ces points, son offre de référence BROBA 2004.

16 -03- 2006

3. Aux termes de ses conclusions déposées le 6 décembre 2004, l'IBPT conclut qu'il plaise à la cour :
- constater que la décision attaquée constitue un avis non contraignant ;
 - rejeter le recours pour le surplus

III. Sur la recevabilité du recours

4. La recevabilité du recours n'est plus contestée par l'IBPT. Celui-ci renonce au moyen, soulevé dans ses premières conclusions, selon lequel il se déduit de l'article 2, § 1^{er} de la loi du 17 janvier 2003 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, avant sa modification par la loi du 6 juillet 2005, que le recours devait être introduit avec célérité (voir sur ce point, Bruxelles 15 octobre 2004, 2003/1664, point 25).

Le recours a été introduit un mois après la date de la décision. Il est recevable dès lors qu'aucun délai n'avait été prévu par la loi précitée, avant sa modification par la loi du 6 juillet 2005 (M.B.11.08.2005).

5. Il n'est pas contesté qu'au jour de l'introduction du recours, Belgacom avait un intérêt à le former.

IV. Sur le pouvoir de l'IBPT d'imposer des modifications de l'offre de référence BROBA 2004

Observations des parties

6. Selon Belgacom, les obligations imposées aux opérateurs puissants en ce qui concerne l'accès à un débit binaire par l'arrêté royal du 12 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications (M.B. 29 décembre 2000), comme les pouvoirs conférés à l'IBPT en cette matière par le même arrêté royal, sont dépourvus de fondement légal.

Belgacom fait valoir qu'aucune loi n'a habilité le Roi à imposer aux opérateurs notifiés la publication d'une offre de référence pour l'accès à un débit binaire et à la soumettre préalablement à l'approbation de l'IBPT et qu'en conséquence, en vertu de l'article 159 de la Constitution, les articles 6septies, 6octies et 6nonies de cet arrêté royal doivent être écartés et la décision attaquée annulée pour illégalité.

Elle estime que l'article 122, § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991, tel que modifié par la loi du 3 juillet 2000, qui prévoyait que « *le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, (avant le 31 décembre 2001), abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions de cette loi, afin de prendre toutes les mesures nécessaires pour exécuter les obligations découlant des directives en vigueur de l'Union européenne* », ne saurait servir de fondement légal à l'arrêté royal précité qui ne le vise pas dans son préambule. En outre, si la conclusion inverse devait être retenue, elle observe que l'arrêté royal du 12 décembre 2000 n'ayant pas été confirmé par la loi dans les quinze mois qui suivent sa publication au Moniteur belge, il était abrogé au jour de la décision attaquée en application du paragraphe 3 de cette même disposition.

Belgacom soutient qu'en application de la législation nationale alors en vigueur, l'IBPT n'avait pas d'autres pouvoirs que celui de contrôler, en vertu de l'article 14, § 1^{er} de la loi du 17 janvier 2003, le respect par Belgacom des obligations qui pèsent sur elle en ce qui concerne la fourniture de l'accès à un débit binaire, à savoir :

- l'obligation de répondre de manière non discriminatoire à toutes demandes raisonnables de connexion au réseau, inscrite à l'article 109 ter, § 3, de la loi du 21 mars 1991, précitée, insérée par la loi du 19 décembre 1997 et modifiée par l'arrêté royal du 4 mars 1999;

- l'obligation de respecter le principe de l'orientation des tarifs en fonction des coûts, inscrite à l'article 106 § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991, tel que modifié par la loi du 19 décembre 1997 et la loi du 2 janvier 2001 ;

- préalablement à toute augmentation des tarifs, l'obligation de communiquer à l'IBPT, selon les modalités fixées par le Roi, sur avis de l'Institut, les éléments permettant d'apprécier la compatibilité de l'augmentation avec les contraintes réglementaires applicables, énoncée dans la même disposition ;

L'obligation de publier une offre de référence, selon les modalités fixées par le Roi, n'a été introduite dans la loi du 21 mars 1991 qu'en matière d'interconnexion. Elle est énoncée à

1 6 -03- 2006

l'article 109 ter § 4 de la loi, ajouté par la loi du 19 décembre 1997 (article 73).

Pour Belgacom, l'article 92bis §1^{er}, alinéa 2, n de la loi du 21 mars 1991 qui habilite le Roi à fixer par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, les conditions sous lesquelles l'Institut attribue les autorisations individuelles d'établir et d'exploiter un réseau public de télécommunications, n'a nullement habilité le Roi à énoncer des obligations en matière d'accès spécial.

Elle relève enfin qu'aucune disposition du droit communautaire n'impose aux Etats membres de veiller à la publication par les opérateurs notifiés d'une offre de référence en matière d'accès spécial, contrairement à ce que la directive 97/33/CE du Parlement et du Conseil du 30 juin 1997 (ONP) prévoit pour la seule interconnexion (article 7).

7. Se référant à l'arrêt de la cour du 15 octobre 2004, précité, relatif au recours de Belgacom contre la décision de l'IBPT du 2 juin 2003 de lui imposer de modifier son offre de référence BROBA 2003, Belgacom fait par ailleurs valoir que la décision attaquée étant intervenue au-delà du délai de deux mois imparti à l'IBPT pour imposer des modifications de l'offre de référence, l'IBPT a méconnu les conditions légales de l'exercice du pouvoir que lui confère l'arrêté royal du 22 juin 1998.
8. Selon l'IBPT, les dispositions de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 ne constituent qu'une application à l'accès au débit binaire, des règles énoncées par les articles 106, § 1^{er}, alinéa 4 et 109 ter, § 3, de la loi du 21 mars 1991.

L'IBPT soutient que le Roi était habilité à arrêter les règles énoncées aux articles 6septies à 6nonies de l'arrêté royal du 22 juin 1998 au regard d'une lecture combinée de ces dispositions, de l'article 92 bis § 1^{er} alinéa 2, n, de la même loi et des articles 14, § 1^{er}, 3 de la loi du 17 janvier 2003.

Il insiste sur le fait que l'article 92 bis, § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 qui donne au Roi le pouvoir de fixer les conditions sous lesquelles l'Institut attribue les autorisations individuelles pour l'établissement et l'exploitation de réseaux publics de télécommunications, précise qu'au nombre de ces conditions, qui forment un cahier de charges, figurent : « n. les conditions visant à prévenir un comportement anticoncurrentiel, et notamment les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence ». Or, la publication d'une offre de référence sous le contrôle de l'IBPT constitue une mesure répondant à cet

objectif.

Dès lors que l'A.R. du 12 décembre 2000 n'a pas pour objet d'abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions de la loi du 21 mars 1991, les règles qu'il édicte ne devaient pas être confirmées par la loi en application de l'article 122 § 3 de cette loi.

L'IBPT se réfère à l'arrêt de la cour du 15 octobre 2004, précité, qui a décidé qu'en imposant aux opérateurs puissants l'obligation de publier une offre de référence sous le contrôle de l'IBPT, le Roi n'a pas excédé les limites de ses pouvoirs (points 31 à 33 de cette décision).

Se référant à ce même arrêt qui a décidé qu'en application de l'article 6^{onies} § 1^{er} de l'arrêté royal du 22 juin 1998, l'IBPT n'est pas habilité à imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès à un débit binaire au-delà de deux mois à compter de la communication du projet d'offre par Belgacom, et constatant que la décision attaquée est intervenue au-delà de ce délai, l'IBPT déclare qu'il prend acte de ce que cette décision n'a pas d'effets contraignants et qu'elle tient lieu d'avis.

Il en déduit que le recours doit être rejeté pour le surplus.

Appréciation de la cour

9. Le préambule de l'arrêté royal du 12 décembre 2000 indique qu'il est pris en exécution de la loi du 21 mars 1991, notamment l'article 92 bis, remplacé par la loi du 19 décembre 1997 et modifié par la loi du 3 juillet 2000.

Comme l'a indiqué la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis sur le projet d'arrêté royal, le Roi était habilité à prévoir des obligations particulières pour les organismes puissants, en matière d'accès à un débit binaire, conformément à l'article 16 de la directive 98/10/CE du 26 février 1998 et à l'article 92bis de la loi du 21 mars 1991, au titre des conditions d'octroi d'une autorisation d'établir et d'exploiter un réseau de télécommunications.

Des dispositions qui mettent à charge des opérateurs notifiés puissants des obligations ayant pour objectif de conférer à l'IBPT les moyens de veiller à la transparence des conditions et modalités auxquelles les organismes puissants subordonnent la fourniture de l'accès spécial et à leur compatibilité avec l'obligation qui pèsent sur ceux-ci de fixer des conditions qui

soient non discriminatoires, équitables et raisonnables, ne dépassent pas le cadre des compétences dévolues au Roi par l'article 92 bis de la loi du 21 mars 1991.

Comme le relève l'IBPT, parmi ces conditions peuvent figurer celles visant à prévenir un comportement anti-concurrentiel, et notamment les mesures permettant d'assurer que les tarifs sont non discriminatoires et n'entraînent pas de distorsion de la concurrence (article 92, § 1, alinéa 2, n).

Dès lors que l'obligation de publier une offre de référence sous le contrôle de l'IBPT est une mesure qui est de nature à rencontrer cet objectif, elle pouvait être adoptée par le Roi en vue de transposer l'article 16 de la directive 98/10/CE relatif à l'accès spécial au réseau, en particulier les paragraphes 4, 5 et 6 de cet article.

La circonstance que la directive 98/10/CE a été abrogée par la directive 2002/21/CE avec effet au 25 juillet 2003, soit à une date antérieure à la décision attaquée, n'a aucune incidence sur la solution à adopter. En effet, aux termes de l'article 7 de la directive 2002/19/CE (directive accès), les obligations relatives à l'accès qui étaient applicables avant son entrée en vigueur doivent être maintenues jusqu'à ce que les obligations aient été réexaminées et qu'une décision les concernant ait été prise conformément au paragraphe 3. Il n'y a donc pas lieu de considérer les dispositions de l'arrêté royal du 22 juin 1998 comme devenues caduques.

10. En revanche, c'est à bon droit que Belgacom, non contredite par l'IBPT sur ce point, invoque le dépassement du délai fixé par l'article 6onies, § 2, de l'arrêté royal du 12 décembre 2000.

1 6 -03- 2006

Comme la cour l'a indiqué dans son arrêt du 15 octobre 2004 ce délai est un délai de rigueur, dès lors que le régime mis en place par les dispositions de cet arrêté royal en ce qui concerne l'accès à un débit binaire consiste à imposer à l'opérateur notifié l'obligation de publier chaque année une offre de référence dont la durée de validité est d'un an et à soumettre le projet d'offre à l'IBPT et, corrélativement, à conférer à l'IBPT le pouvoir d'exiger des modifications par une décision devant intervenir avant l'entrée en vigueur de l'offre de référence.

Le calendrier mis en place par cette disposition ne permet donc pas de considérer que l'IBPT peut sur le fondement de cette disposition intervenir à tout moment, la fixation de ce calendrier ayant pour objectif d'assurer que les bénéficiaires de l'accès soient informés en temps utiles des conditions et modalités de cet accès offertes par l'opérateur puissant, l'offre de référence

devant servir de cadre aux négociations d'accords individuels durant la période concernée.

V. Sur le bien fondé du recours

11. Vu ce qui précède, c'est à bon droit que Belgacom soulève l'illégalité de la décision attaquée, en ce que celle-ci précise qu'elle est contraignante pour Belgacom et que les opérateurs bénéficiaires de l'accès peuvent valablement s'en prévaloir.

Il n'y a pas lieu d'examiner les griefs de Belgacom quant au fond de la décision, Belgacom ne pouvant retirer aucun avantage direct d'un examen de ses moyens par la cour.

Le recours doit donc être rejeté en ce qu'il tend, en l'absence d'une décision valable de l'IBPT d'imposer à Belgacom de modifier son offre de référence, à entendre confirmer l'offre de référence BROBA 2004 -version 30 septembre 2003- de Belgacom.

12. Il n'y a en revanche pas lieu d'annuler la décision attaquée en ce qu'elle tient lieu d'avis non contraignant et de notification par l'IBPT de sa décision de ne pas approuver le document contenant l'offre de Belgacom, sur les points relatifs à la tarification. Une telle décision peut en effet intervenir à tout moment puisqu'elle n'est pas susceptible par elle-même de causer grief.

16 -03- 2006

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;

Dit le recours recevable.

Le dit fondé dans la mesure ci-après,

Met la décision attaquée à néant en ce qu'elle a pour objet d'enjoindre à Belgacom de modifier l'offre de référence BROBA 2004 -version du 30 septembre 2003-, de Belgacom et en ce qu'elle dit pour droit que tout bénéficiaire de l'accès peut se prévaloir de cette décision vu son effet contraignant pour Belgacom.

Le dit non fondé pour le surplus.

Met les dépens à charge de l'IBPT, liquidés en ce qui le concerne à 237,98 € et en ce qui concerne Belgacom à 186 + 57,02 + 237,98 €.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **16 -03- 2006**

où étaient présents :

Martine REGOUT, Conseiller ff Président,
Christine SCHURMANS, Conseiller,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier,

P. DELGUSTE

H. MACKELBERT

Ch. SCHURMANS

M. REGOUT

16 -03- 2006