

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2005/AR/707 -
2005/AR/756

R. n° : 2006/4281

N° : 11356

Arrêt définitif
Confirmation

Télécommunications -
Compétence de la cour
d'appel de Bruxelles
(étendue) -
Grief prématuré - défaut
d'intérêt.

Recours formés contre les décisions de l'IBPT de désigner la
société **Analysys** comme expert

EN CAUSE DE (R.G. 2005/AR/707):

MOBISTAR, société anonyme dont le siège social est établi à 1140
Bruxelles, rue Colonel Bourg, 149, inscrite à la banque carrefour des
entreprises sous le numéro 0456.810.810.

Requérante.

✓ représentée par Maîtres Yves van Gerven et Karel Dacle, avocats à
1050 Bruxelles, place du Champ de Mars, 5.

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.

ET EN CAUSE DE (R.G. 2005/AR/756):

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,

16 -06- 2006

Requérante,

✓ représentée par Maîtres Piet Everaert et Alain Vanderelst, avocats à 1932 Zaventem, Leuvensesteenweg, 369/1,

plaideur : Maître Alain Vanderelst,

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,

Défendeur au recours,

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

I.- DECISION ATTAQUEE

Les recours sont dirigés contre les décisions prises par l'IBPT de désigner la société Analysys comme expert, telles qu'elles sont matérialisées dans deux lettres adressées à l'Inspecteur général des Finances, respectivement les 15 et 22 octobre 2004

16 -06- 2005

II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

Le recours de Mobistar est formé par requête, déposé au greffe de la cour, le 11 mars 2005.

Le recours de Base est formé par requête, déposée au greffe de la cour le 18 mars 2005.

Les recours étant introduit contre les mêmes décisions, il y a lieu de les joindre.

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Belgacom Mobile, Mobistar et Base fournissent des services de téléphonie mobile en Belgique.

Belgacom Mobile et Mobistar sont des opérateurs ayant une puissance significative sur le marché de la terminaison d'un appel émanant d'un autre réseau - dénommé aussi le marché de l'interconnexion. Ces opérateurs sont généralement appelés opérateurs *SMP* en anglais ou *PSM* en français. Ils doivent être déclarés tels par l'IBPT.

Le 3 décembre 2002, la société Analysys rédige pour le compte de Belgacom Mobile une étude dénommée *Livre blanc pour Proximus - L'état de la question [the case] pour la réciprocité dans les charges d'interconnexion pour les opérateurs SMP*. Elle y défend la thèse que la réciprocité, c'est-à-dire le fait pour chaque opérateur d'appliquer vis-à-vis des autres opérateurs le même tarif de terminaison, est appropriée dans le cadre d'un marché pleinement concurrentiel, moyennant quelques exceptions, fondées sur des facteurs extérieurs.

Dans le cadre de sa mission légale de décision en matière de régulation des tarifs de terminaison des opérateurs mobiles, l'IBPT lance, le 29 août 2004, un appel d'offres en vue de conclure un marché de service ayant pour objet une *assistance en matière d'obligations d'orientation sur les coûts et de séparation comptable des opérateurs PSM ainsi que d'obligation de fourniture du service universel*. Plusieurs lots sont prévus, dont le lot n° 2, contenant la mission n° 6 relative à *l'élaboration d'un modèle générique pour les tarifs de terminaison des opérateurs mobiles*.

L'article 1^{er} du cahier des charges stipule que les adjudicataires doivent présenter les mêmes garanties de neutralité et d'impartialité que l'autorité publique et son article 9 que la réalisation d'un marché pour le compte d'un autre fournisseur de services de télécommunications, lors de l'exécution du marché, constitue un motif d'exclusion de la participation au marché.

Analysys fait offre le 17 septembre 2004. Les autres soumissionnaires sont les sociétés Nera, Tera et Bureau Van Dijk.

1 6 -06- 2006

Un autre appel d'offre – qui n'est mis en cause dans le présent litige que par Base – a également été lancé et concerne une assistance pour l'exécution des analyses de marchés dans le nouveau cadre réglementaire. Sont soumissionnaires le Bureau Van Dijk et Analysys.

2. Le 12 octobre 2004, un agent de l'IBPT, non identifié, rédige un rapport de sélection des soumissionnaires du second marché relatif à l'assistance pour l'exécution des analyses de marchés dans le nouveau cadre réglementaire. Analysys obtient 97,96 points et le Bureau Van Dijk 79,45 points. Ce rapport est « vu » et paraphé par un certain « J.F. ».

Le 15 octobre 2004, l'IBPT informe l'Inspection générale des Finances que son Conseil a choisi Analysys pour ce marché. Le 18 octobre 2004, l'Inspecteur général Lambermont signale qu'il n'a pas d'objections à formuler.

Le 22 octobre 2004, l'IBPT informe Analysys que ce marché lui sera attribué et notifié officiellement après le délai de suspension légale de quinze jours

3. Le 21 octobre 2004, un agent de l'IBPT, M. Pirlot, rédige une note d'analyse des soumissions pour le lot n° 2 concernant le marché de services relatif à l'élaboration d'un modèle générique de coûts pour les tarifs de terminaison des opérateurs mobiles et propose de l'attribuer à Analysys.

Le 22 octobre 2004, l'IBPT informe l'Inspection générale des Finances qu'il souhaite attribuer le marché à Analysys et sollicite son avis à ce sujet. Le même jour, l'Inspection des Finances se rallie à ce choix.

Le 1^{er} décembre 2004, l'IBPT écrit à Analysys pour lui signaler qu'en sa séance du 21 octobre 2004 le Conseil a considéré que son offre était la plus intéressante et qu'après les quinze jours de suspension imposés par l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il reprendra contact avec elle pour lui notifier officiellement l'attribution du marché et fixer les modalités concrètes permettant d'entamer au plus tôt l'étude projetée.

Le 20 janvier 2005, l'IBPT informe Mobistar et Base qu'elle a sélectionné Analysys en vue de lui fournir l'assistance requise pour le développement d'un modèle générique de coûts de type « top down », basé sur une structure de coûts commune aux trois opérateurs de téléphonie mobile concernés en Belgique.

16-06-2006

4. Le 25 janvier 2005, Mobistar écrit à l'IBPT qu'elle est préoccupée par le choix d'Analysys qui, dans le cadre de l'étude qui lui a été commandée par Belgacom Mobile, a déjà pris nettement position en faveur du principe de la réciprocité et d'un coût unique de terminaison aligné sur le prix pratiqué par l'opérateur dominant.

Le 31 janvier 2005, Base exprime à son tour les plus grandes réserves quant à l'impartialité du consultant retenu par l'IBPT.

Par courrier du 8 février 2005, l'IBPT leur répond que *le fait pour une société de consultance d'avoir travaillé pour des opérateurs d'un profil quelconque n'implique [de son point de vue] ni la dépendance de cette société vis-à-vis de ces opérateurs ni son incapacité à juger si les thèses défendues dans le cadre d'un marché défini, à une période définie, doivent trouver leur application à la configuration du marché belge aujourd'hui.*

5. Mobistar introduit un recours en annulation de la décision, qu'elle date du 21 octobre 2004, désignant Analysys comme expert dans le cadre de l'appel d'offre d'assistance en matière d'obligation d'orientation sur les coûts et de séparation comptable des opérateurs SMP ainsi que d'obligation de fourniture du service universel.

Base introduit, pour sa part, un recours en annulation de la (ou des) décision(s) de l'IBPT – dont elle dit ignorer la teneur et la date – désignant Analysys comme expert/consultant pour les deux marchés qui lui ont été attribués, à savoir (i) celui d'assistance en matière d'obligation d'orientation sur les coûts et de séparation comptable des opérateurs SMP ainsi que d'obligation de fourniture du service universel et (ii) celui d'analyse de marché dans le nouveau cadre réglementaire.

6. En cours de procédure, l'IBPT publie, le 7 février 2006, un projet de décision relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le marché de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels. Au terme de cette étude, l'IBPT considère que les trois opérateurs de téléphonie mobile ont une position dominante individuelle sur le marché de la terminaison d'appel vocal sur leurs réseaux, ce qui implique pour eux une obligation d'orientation vers les coûts, à réaliser progressivement pour 2008.

L'IBPT suggère de diminuer comme suit les charges de terminaison, exprimées en eurocents, que les opérateurs peuvent exiger :

16 -06- 2006

Opérateur	Charges actuelles	Charges en 2008
Belgacom Mobile	12,93	6,56
Mobistar	16,27	8,21
Base	19,53	10,41

L'IBPT propose ainsi de maintenir la règle de l'asymétrie pour tenir compte de la spécificité de chaque opérateur, mais admet qu'au terme de la période d'analyse de trois ans il n'est pas exclu que les tarifs convergent vers un niveau unique.

IV.- DISCUSSION

1.- Sur la compétence de la cour d'appel de Bruxelles

7. L'IBPT soutient que la cour d'appel de Bruxelles n'est pas compétente pour connaître d'un recours dirigé contre une décision d'attribuer un marché public à un soumissionnaire déterminé. Cette matière continuant à ressortir de la compétence du Conseil d'Etat.

8. 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, dans sa version en vigueur à la date de l'introduction des recours, dispose que les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles, statuant comme en référé.

Il résulte des travaux préparatoires de la loi que la compétence générale du Conseil d'Etat de connaître des recours en annulation contre les décisions administratives de l'IBPT s'efface devant la volonté du législateur de la confier à la cour d'appel de Bruxelles (Doc. Parl. Chambre, 2001-2002, n° 1937/001, p.24).

Le texte de la loi ne prévoit aucune exception à cette compétence exclusive, notamment en ce qui concerne les décisions d'attribution d'un marché public.

Il résulte cependant de l'arrêt n° 131/2004 du 14 juillet 2004 de la Cour d'arbitrage que cette compétence n'est pas absolue, puisqu'il a été admis que le législateur n'avait pas modifié les règles de compétence juridictionnelle relatives aux litiges entre l'IBPT et son personnel. A cette occasion, la Cour d'arbitrage a rappelé qu'il ressortait des travaux parlementaires que le législateur avait voulu

16 -06- 2006

régler la compétence juridictionnelle en ce qui concerne les recours contre les décisions de l'IBPT *en matière de postes et de télécommunications.*

Pour déterminer si le recours contre la décision attaquée est de la compétence exclusive de la cour d'appel de Bruxelles, il convient donc de vérifier si elle a été prise en matière de postes et de télécommunications.

9. Aux termes de l'article 14 de la loi *statut* du 17 janvier 2003, dans sa version en vigueur à l'époque des faits, les missions de l'IBPT sont .

- § 1er.:* 1° la formulation d'avis d'initiative, dans les cas prévus par les lois et arrêtés ou à la demande du ministre;
- 2° la prise de décisions administratives;
- 3° le contrôle du respect de la loi du 30 juillet 1979 ainsi que du titre Ier, chapitre X et des titres III et IV de la loi du 21 mars 1991 et de leurs arrêtés d'exécution;
- 4° en cas de litige entre des fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements de télécommunications ou en cas de litige entre des opérateurs postaux, la formulation de propositions tendant à concilier les parties dans un délai d'un mois. Le Roi fixe, sur avis de l'Institut, les modalités de cette procédure.
- 5° poser tous les actes utiles qui ont pour objet la préparation de l'application des directives européennes entrées en vigueur dans le secteur des postes et des télécommunications

- § 2. Dans le cadre de ses compétences, l'Institut :*
- 1° peut organiser toute forme d'enquêtes et de consultations publiques;
- 2° peut exiger, par demande motivée, de toute personne concernée toute information utile. L'Institut fixe le délai de communication des informations demandées.

Par ailleurs, l'article 16 de cette même loi prévoit que le Conseil de l'IBPT peut faire appel à une expertise extérieure dans le cadre de l'accomplissement de ses missions.

Les décisions attaquées ont trait à la désignation d'un expert afin de fournir une assistance à l'IBPT dans le cadre de l'élaboration d'un modèle générique pour les tarifs de terminaison des opérateurs mobiles et pour l'exécution des analyses de marché dans le nouveau cadre réglementaire, tel que celui-ci est organisé par les directives européennes, c.a. la directive (cadre) 2002/21/CE et les directives 2002/20/CE (autorisation), 2002/19/CE (accès) et 2002/22/CE (service universel).

Elles sont donc prises en exécution de l'article 16 de la loi du 17 janvier 2003, en préparation d'une décision visée par l'article 14.

16 -06- 2006

Par ailleurs, il ne peut être contesté que les marchés publics attaqués concernent directement la matière des postes et des télécommunications puisque l'expert doit prendre connaissance des modèles de coûts déjà élaborés par Belgacom Mobile et Mobistar, développer un modèle générique de coûts pour les opérateurs de téléphonie mobile et proposer un mécanisme adéquat de régulation future des charges de terminaison de ces opérateurs en Belgique.

La cour est donc compétente pour connaître des recours en annulation des décisions de l'IBPT d'octroyer à Analysys des marchés publics en matière de télécommunication.

2.- Sur l'intérêt à agir des requérants

10. Aux termes de l'article 3 de la loi *recours* du 17 janvier 2003, le Code judiciaire est d'application pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles.
11. Il convient tout d'abord d'observer que l'attribution des marchés publics à Analysys ne constitue pas une désignation d'expert au sens du Code judiciaire, avec la conséquence que le grief doit s'analyser dans le cadre de l'intérêt à agir des requérants et pas au regard des règles relatives à la récusation des experts.

Les articles 17 et 18 du Code judiciaire précisent qu'une action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former et que l'intérêt à agir doit être né et actuel.

L'intérêt au sens de ces dispositions doit être personnel et direct, un intérêt général ne constituant pas un intérêt personnel (Cass., 19 novembre 1982, Pas., 1983, I, 338).

L'article 2 du Code judiciaire prévoit que les règles énoncées dans ce code ne s'appliquent pas lorsque les procédures sont régies par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code.

En l'espèce, la cour doit appliquer les dispositions du Code judiciaire, et particulièrement les articles 17 et 18 précités, en tenant compte, d'une part, du fait que le recours organisé par la loi du 17 janvier 2003 présente un caractère objectif vu la nature de l'acte attaqué et, d'autre part, de l'absence de lien d'instance entre les parties avant l'introduction du recours (Bruxelles, 18 juin 2004, 14 octobre 2004, et 15 octobre 2004 publiés sur le site <http://www.rdc.tbh.be> et note Xavier Taton. Les recours objectifs

16 -06- 2006

de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire, RDC, 2005, p.802 et sv).

Dès lors, le droit d'agir de Base et de Mobistar dépend de la question de savoir si elles sont concernées d'une façon directe et individuelle par la décision attaquée.

La loi du 17 janvier 2003, et plus particulièrement son article 2, a été promulguée à la suite de l'adoption du nouveau cadre réglementaire européen comprenant notamment la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») qui prévoit, en son article 4, que les Etats membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées.

La notion d'intérêt personnel direct à obtenir l'annulation d'une décision de l'IBPT, agissant en tant qu'organisme de régulation, doit dès lors s'apprécier également à la lumière de cet article 4 et de la notion d'affectation qu'il introduit.

Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que l'affectation directe, en tant que condition d'un recours intenté contre une décision communautaire adressée à une autre personne requiert que la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du requérant (CJCE 24 septembre 1996, C-386/96, *Société Louis Dreyfus/Commission*, Rec. p. 2370, point 43).

16 -06- 2006

12. Base et Mobistar font valoir dans leur requête que la décision litigieuse est illégale car elle viole, notamment, l'article 16 § 4 de la loi du 17 janvier 2003 qui prescrit l'indépendance de tout expert désigné par l'IBPT. Elles affirment que cet expert, ayant déjà pris fait et cause pour la thèse de la réciprocité des tarifs de terminaison que Belgacom Mobile défend face à certains tarifs de terminaison de Mobistar, ne pourra mener, de manière indépendante et objective, la mission qui lui a été confiée.

Elles craignent que l'IBPT risque, dans son analyse des marchés et dans la détermination des charges de terminaison des différents opérateurs, d'adopter, sur la recommandation d'Analysys, des mesures qui seraient favorables à Belgacom Mobile et défavorables à Base et Mobistar.

Ni Base ni Mobistar ne sont les destinataires des actes attaqués. Elles ne sont pas soumissionnaires des marchés publics que l'IBPT entendait conclure et n'ont aucune vocation à obtenir le marché si Analysys devait être évincée.

En leur qualité de tiers, elles doivent donc prouver que les actes dont elles poursuivent l'annulation les affectent directement ou leur font immédiatement grief.

13. Lorsque la situation d'un demandeur en annulation n'est affectée par l'acte attaqué que de façon éventuelle, lointaine et hypothétique, l'intérêt n'est pas certain.

En l'espèce, l'IBPT a décidé de commander une étude pour l'aider à élaborer un modèle générique pour les tarifs de terminaison des opérateurs mobiles ainsi qu'une assistance pour l'exécution des analyses de marchés dans le nouveau cadre réglementaire.

L'IBPT n'est pas lié par les avis et recommandations qui lui seront transmis par Analysys qui n'ont aucun effet contraignant

Rien ne laisse préjuger que l'IBPT adoptera une position qui serait préjudiciable à Base et Mobistar. Aussi longtemps que l'IBPT n'a pas pris les décisions qu'il doit prendre en exécution du nouveau cadre réglementaire, tous les reproches susceptibles d'être adressés aux opérations préliminaires demeurent hypothétiques. Au demeurant, rien n'interdit même de penser que l'IBPT pourrait adopter une position favorable à Base et Mobistar, en dépit des illégalités qu'elles entendent dénoncer à l'occasion du présent recours. Inversement, aucun reproche, fondé sur le manque d'impartialité d'Analysys, ne pourrait être formulé contre l'IBPT s'il devait décider d'opter, en toute indépendance et pour de justes motifs, pour le principe de la réciprocité des tarifs de terminaison.

En outre, il n'est pas établi que la situation juridique de Base et de Mobistar est affectée par la décision attaquée. Celle-ci ne crée, dans leur chef, aucun droit ni aucune obligation et ne modifie ni leur situation d'opérateur sur le marché de la téléphonie mobile ni les charges de terminaison qu'elles restent en droit d'exiger des autres opérateurs.

Enfin, saisie dans le cadre d'un recours objectif contre les décisions d'attribution des marchés publics en cause, la cour ne peut ni suspendre ni annuler les contrats conclus entre Analysys et l'IBPT (C.E. 15 juin 2000, n° 87.983, *Feyfer*) qui continueront à produire leurs effets. L'objet du recours ne consiste d'ailleurs pas à obtenir l'annulation de ces contrats.

16 -06- 2006

En toute hypothèse, n'ayant aucune vocation à se voir attribuer les marchés, le dommage éventuel que Base et Mobistar pourraient faire valoir en relation causale avec une irrégularité de la décision attaquée ne consiste, tout au plus, qu'en des dommages et intérêts. Or, pour obtenir ceux-ci, il n'est pas requis que la décision administrative soit préalablement annulée puisque le juge qui serait saisi d'une telle demande pourrait, si nécessaire, se limiter à constater la faute de l'administration. Base et Mobistar n'ont donc, dans cette hypothèse, aucun intérêt à solliciter préalablement l'annulation de la décision administrative.

14. Il se déduit de ce qui précède que le grief formulé par Base et Mobistar ne deviendrait définitif, et de nature à fonder un recours, que si l'IBPT devait faire preuve lui-même d'un manque d'impartialité dans sa décision future laquelle, seule, sera alors susceptible d'affecter directement Base et Mobistar.

Enfin, pour apprécier l'intérêt à agir de Base et de Mobistar, il ne peut être tenu aucun compte du projet de décision et de la consultation diffusés sur Internet, le 7 février 2006, puisque l'intérêt s'analyse au moment de l'introduction de l'action (Cass., 24 avril 2004, R.G. n° C000567F ; Cass., 4 décembre 1989, Pas., 1990, I, 414 ; Cass., 4 janvier 1968, Pas., I, 599).

Le recours n'est donc pas recevable pour défaut d'intérêt personnel et direct.

16 -06- 2006

V.- CONCLUSION

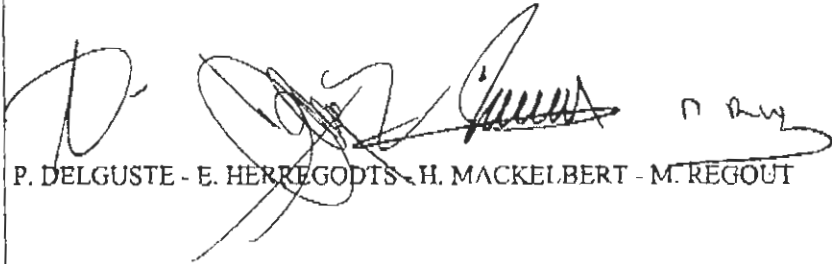
Pour ces motifs, la cour,

1. Joint les causes inscrites au rôle général de la cour sous les numéros 2005/AR/707 et 2005/AR/756.
2. Dit les recours non recevables et en déboute Base et Mobistar.
3. Met les dépens à charge de Base et Mobistar.
Ces dépens s'élèvent à 186 + 58,26 + 485,87 € pour Base, à 186 + 58,26 + 485,87 € pour Mobistar et à 485,87 € pour l'IBPT.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 16 -06- 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

16 -06- 2006