

N°: 1187

LA COUR d'APPEL DE BRUXELLES
18^{ième} chambre,

R.G. N°: 2011/AR/2481

siégeant en matière civile,

N° rép.: 2013/ 4489

EN CAUSE DE :

Arrêt du 12 juin
2013

La société anonyme de droit public BPOST, anciennement La Poste, dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES, Centre Monnaie, inscrite auprès de la B C E sous le numéro 0214.596.464,

CC : 488
PL : 420

Demanderesse,

Assistée et représentée par ses conseils Me. Patrick HOFSTRÖSSLER, Me. Jan BOCKEN et Me. Alexia SOHET, avocats, dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 99.

Quest. préj.

CONTRE :

L'Institut belge des services postaux et des télécommunications, en abrégé IBPT, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1030 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II 35, Ellipse Building - Bâtiment C,

Défenderesse,

Assisté et représenté par ses conseils Me Sébastien DEPRÉ, avocat au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 240 et par Me Philippe VERNET, avocat au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, rue des échevins, 47.

* * * * *

I. La procédure devant la cour.

1. La cour est saisie d'un recours en annulation introduit par la société de droit public bpost –ci-après dénommée bpost- à l'encontre d'une décision en date du 20 juillet 2011 émanant du Conseil de l'IBPT.

Il s'agit d'une décision '*concernant les tarifs conventionnels de bpost pour l'année 2010*'.

Elle concerne les infractions retenues à l'encontre de bpost pour non-respect des articles 144bis et 144ter de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (ci-après cité comme 'la loi du 21 mars 1991') et le montant de l'amende administrative qui lui est imposée à ce titre.

2. Les parties ont conclu dans les délais fixés par la cour et ont déposé un dossier de pièces à conviction.

3. Les parties ont été entendues aux audiences publiques des 25 et 26 septembre 2012.

II. La décision attaquée et son contexte factuel.

4. Sans y être tenue par un prescrit contraignant, la société de droit public bpost a communiqué au Conseil de l'IBPT le 2 septembre 2009 sa liste tarifaire pour l'année 2010, qui propose une grille de tarifs qui varient en fonction de plusieurs facteurs.

La grille est fondamentalement basée sur trois types de tarifs: le tarif plein unitaire ou standard qui détermine un prix par envoi, les tarifs réduits ou préférentiels fixés en fonction du volume d'envois déposés et les tarifs conventionnels qui sont destinés aux volumes très élevés et font l'objet d'une convention entre bpost et le client.

Ce sont surtout les envois publicitaires adressés (Direct Mail) et des courriers administratifs (Administrative Mail), qui font l'objet de tarifs conventionnels.

5. bpost présente trois types de contrats tarifaires selon le type du client qui souhaite conclure un contrat :

(i) le contrat 'Client direct': le client conclut un contrat avec bpost pour déposer du courrier en tant qu'expéditeur et, le cas échéant, pour le compte des sociétés avec lesquelles il est lié; dans ce cas, le tarif provisoire octroyé à ce client est calculé sur base du chiffre d'affaires que le client prévoit de générer pendant la période de référence ;

(ii) le contrat 'Proxy': destiné au client qui cherche à contracter avec bpost pour déposer un volume de courrier provenant d'un autre expéditeur qui lui en confie la gestion exclusive; il s'agit d'un contrat de type 'client direct', auquel est ajouté une clause de mandat, qui prévoit qu'une troisième société est partie au contrat: l'intermédiaire qui prend en charge des tâches administratives dans la relation avec bpost (facturation, paiements, communications);

(iii) le contrat 'Intermédiaire': le client souhaite conclure un contrat avec bpost pour déposer du courrier de plusieurs expéditeurs indéterminés au moment de la signature du contrat.

La grille tarifaire s'applique de la même façon pour les trois types de contrats.

6. Pour l'année 2010, le système de rabais pour les envois administratifs est remplacé par un tarif fondamentalement différent de celui qui était précédemment applicable.

Les tarifs conventionnels, qui comprenaient un rabais quantitatif (calculé en fonction du volume d'envois déposés) et opérationnel (calculé en fonction de la qualité de la préparation des envois), sont dorénavant remplacés par un système de rabais dont la partie relative à la quantité est calculée sur le volume d'envois déposés par le client ou l'intermédiaire mais sur la base des volumes individuels de chaque expéditeur d'envois en nombre sur une période de référence.

Le rabais quantitatif est octroyé aussi bien aux expéditeurs (sender) directs qu'aux intermédiaires -qui collectent les envois de plusieurs entreprises- mais ils sont calculés sur la base 'per sender' ('par expéditeur') - ce qui veut dire par entité économique qui décide d'envoyer du courrier- et plus sur le volume consolidé par les intermédiaires. Aucune différence ne sera opérée entre le dépôt effectué directement par l'expéditeur ou par un sous-traitant intermédiaire de celui-ci.

A côté du rabais quantitatif 'per sender', les intermédiaires bénéficient également d'un « *Indirect Channel Rebate* », qui est la contrepartie des coûts évités par bpost dû au fait que les intermédiaires effectuent la gestion de la relation commerciale avec l'expéditeur à la place de bpost, qui n'a plus à gérer ces clients directement.

7. Au terme d'une enquête que l'IBPT a lancée sur le système de rabais des tarifs conventionnels, suite à la communication par bpost de sa liste tarifaire, son Conseil a estimé que ledit système ne répond pas aux principes instaurés par la deuxième directive européenne postale 2002/39/CE (ci-après 'Directive Postale'), qui régit l'activité du secteur postal et était transposée dans le droit national notamment par les articles 144bis et 144ter §1 de la loi du 21 mars 1991.

Il s'agit des principes de transparence et de non-discrimination et notamment en ce qui concerne ce dernier, l'obligation prescrite à l'article 12, cinquième tiret, lorsque le prestataire du service universel applique des tarifs spéciaux.

8. La décision constate deux infractions à charge de bpost, à savoir :

- à l'article 144ter, §1, 5° de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques pour non-respect de son obligation de non-discrimination en ce qui concerne les tarifs conventionnels de l'année 2010;

- à l'article 144bis et 144ter, §1, 5° de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques pour non respect de son obligation de transparence en ce qui concerne les tarifs conventionnels de l'année 2010.

Elle prend également acte des engagements souscrits par bpost, repris dans la décision, et lui enjoint de s'y conformer en tous points.

Elle décide d'imposer, en application de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut de l'IBPT, une amende administrative d'un montant de 2.300.000 € au profit du Trésor public, pour l'ensemble des deux infractions.

9. La décision traite d'abord de trois problèmes de procédure, dont un seul revêt encore de l'importance dans le présent recours. Deux de ces problèmes, la durée du délai accordé pour présenter des observations écrites et l'accès au dossier administratif, ne font pas l'objet d'un grief distinct devant la cour. En revanche, la demanderesse présente un moyen relatif au troisième problème, qui concerne l'emploi des langues.

bpost arguait que la loi sur l'emploi des langues est violé, dès lors que la procédure d'infraction a démarré par l'envoi d'un courrier en langue néerlandaise alors que la communication des griefs et les courriers subséquents a été fait en langue française sans qu'aucune traduction néerlandaise ne soit jointe.

L'IBPT y a répondu en substance que la procédure formelle prévue à l'article 21 de la loi du 21 mars 1991 débute par la notification de la communication de griefs, les étapes précédentes relevant de la phase d'enquête.

En outre, la demanderesse était informée qu'il lui était loisible de présenter des observations écrites dans la langue de son choix et que les pièces du dossier administratif étaient rédigées dans la langue de la procédure, pour autant qu'elles étaient disponibles dans cette langue.

10. La décision traite également de trois questions relatives à l'exercice de la compétence de l'IBPT.

(a) bpost a excipé un déclinatoire de compétence, lié au fait que l'article 21 de la loi sur le statut de l'IBPT, avant sa modification par la loi du 13 décembre 2010, ne permet pas à l'Institut d'imposer une amende administrative pour une infraction commise en 2010, ladite disposition ne prévoyant pas cette possibilité à l'égard des entreprises actives dans le secteur postal d'un côté et ne fixant pas un montant maximal pour les amendes d'un autre côté.

La décision répond qu'elle a veillé à rester dans la limite des 5% du chiffre d'affaires prévue à l'article 21 de la loi sur l'IBPT réalisé dans le secteur postal.

(b) bpost a également argué que l'amende administrative imposée en cas d'infraction à la réglementation postale est d'ordre pénal et que seule une juridiction de l'ordre judiciaire est en mesure d'imposer une telle peine, l'IBPT n'offrant pas les garanties procédurales d'un tribunal indépendant.

La décision argumente sur ce point que l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne s'applique pas à une autorité administrative qui inflige une amende, à condition que cette décision puisse faire l'objet d'un recours devant une juridiction indépendante et impartiale, exerçant un contrôle de pleine juridiction, comme en l'espèce.

(c) En troisième lieu, bpost a soulevé que l'IBPT ne peut pas infliger une amende sans violer les droits de la défense de l'entreprise visée, dès lors que le règlement d'ordre intérieur prévu à l'article 22 de la loi sur le statut de l'IBPT est inexistant.

L'IBPT indique à cet égard que, lors de l'audition, bpost n'a pas formulé le moindre grief relatif à l'organisation de celle-ci au regard des droits de la défense et en déduit que l'absence du règlement d'ordre intérieur n'a en rien affecté la défense de bpost.

11. Quant à l'obligation de non-discrimination, la décision indique qu'il est interdit au prestataire du service universel :

(-) de différencier les conditions tarifaires octroyées à ses clients expéditeurs de celles octroyées pour un même service aux intermédiaires qui regroupent les envois de plusieurs clients,
(-) d'opérer une distinction entre personnes faisant partie d'une même catégorie de tiers, intermédiaires ou clients directs,
(-) de différencier les conditions tarifaires qu'il s'accorde en interne ou qu'il accorde à ses filiales de celles qu'il impose aux intermédiaires qui le concurrencent sur le marché de détail.

Elle considère également que ce principe s'applique tant sur les rabais quantitatifs qu'un opérateur accorde que sur les ristournes opérationnelles, eu égard au fait que le respect de ce principe constitue le minimum nécessaire à l'installation de nouveaux acteurs sur le marché postal et au développement de leurs activités.

Cette thèse est étayée par des renvois à la jurisprudence de la CJUE (arrêt du 6 mars 2008 dans les causes Deutsche Post, Vedat Deniz e.a.), ainsi qu'à la position de la Commission européenne dans son rapport du 22 décembre 2008 (COM 2008 884) et telle qu'elle résulte de sa pratique décisionnelle dans trois cas concernant le secteur postal.

S'agissant de tarifs spéciaux, l'IBPT estime que ceux-ci doivent bénéficier de façon identique aux expéditeurs et intermédiaires, indépendamment du fait que les remises soient octroyées en contreparties de coûts évités ou d'une marge moindre.

12. L'IBPT indique ensuite que le contrôle du principe de non-discrimination, prévu à l'article 144ter, §1, 5° de la loi, et qui relève de ses compétences, n'entraîne pas pour l'Institut un pouvoir discrétionnaire d'appréciation à propos du principe même de son intervention, l'obligation de non-discrimination s'imposant au prestataire du service universel en vertu de la loi elle-même.

S'agissant d'une compétence liée, la décision estime qu'il n'incombe pas à l'IBPT d'apprécier discrétionnairement les explications économiques avancées par le prestataire du service universel pour justifier le bien-fondé d'un tarif conventionnel qui est différent selon le client à qui un service est fourni dans des conditions équivalentes.

13. La décision indique que les infractions portent sur diverses pratiques de discrimination et de défaut de transparence relatives à la conception, l'adoption et la mise en œuvre des tarifs conventionnels de l'année 2010 relatifs aux envois de publipostage et aux courriers administratifs.

Ces envois représentent environ 20% du chiffre d'affaires réalisés par bpost dans le secteur postal. Pour le 'direct mail' environ 80% des envois proviennent de clients directs de bpost, pour les 'courriers administratifs' ce chiffre avoisine les 94%. Les tarifs conventionnels concernent environ 140 entreprises.

Elle considère que la non-discrimination des tarifs conventionnels est une exigence minimale et nécessaire à l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché et au développement d'une concurrence équitable.

Si le prestataire du service universel désire offrir des tarifs plus souples pour prendre en compte le volume et la nature des prestations des parties, l'obligation de non-discrimination s'impose indistinctement de la qualité des bénéficiaires, qu'ils soient expéditeurs d'envois en nombre ou intermédiaires regroupant les envois de plusieurs clients.

14. L'IBPT estime que quatre pratiques de bpost se heurtent au principe de non-discrimination.

(1) En premier lieu, la décision relève que les remises quantitatives sont discriminatoires à l'égard des intermédiaires.

Ce grief concerne le fait que bpost octroie aux intermédiaires groupant les envois de plusieurs clients des remises quantitatives qui sont calculées par expéditeur et non pas sur les volumes cumulés déposés sur son réseau, opérant ainsi une discrimination entre les gros expéditeurs qui peuvent bénéficier des réductions les plus élevées sur les volumes d'envois déposés et d'autre part les intermédiaires qui déposent des volumes comparables d'envois groupés avec la même quantité de préparation.

(2) La deuxième pratique incriminée se situe au niveau de l'octroi des remises de quantité et de 'l'indirect channel' qui requièrent d'identifier les clients.

La nature des services prestés ne diffère pas selon que l'intermédiaire identifie ou non l'expéditeur, ceux-là étant conditionnés par la nature, le volume et la qualité de préparation des envois déposés. Pourtant, le tarif des services est différent si l'intermédiaire n'identifie pas l'expéditeur.

Cette pratique permettrait en outre à bpost de contacter aisément les clients les plus importants des intermédiaires et de leur proposer les services qui correspondent au mieux à leur profil commercial. Selon la décision, conditionner l'octroi de remises à l'identification de clients place les intermédiaires également dans une situation concurrentielle désavantageuse par rapport à bpost et aux gros expéditeurs.

(3) En troisième lieu, la décision relève que les intermédiaires sont privés de remises par dépôt de volumes agrégés.

Les ristournes opérationnelles comprennent une remise liée au volume et à la qualité du dépôt effectué sur le réseau postal de bpost, qui se situe entre 1,9% et 20% pour les envois Direct Mail et entre 1,9% et 6% pour les envois Admin Mail. Les ristournes sont soumises à des conditions de dépôt spécifiques: un dépôt doit être composé d'envois de mêmes dimensions, de même emballage et de même contenu, émaner du même expéditeur, être soumis à un même régime ou mode de préparation et de même poids.

Le fait de réserver les remises de dépôt aux envois émanant d'un seul et même expéditeur, prive les intermédiaires groupant les envois de différents clients de remises plus élevées pour les dépôts d'envois de même nature, les plaçant ainsi dans une position concurrentielle désavantageuse.

(4) Le quatrième grief porte sur le fait que les intermédiaires sont tenus de préfinancer les remises de quantité à l'égard de leurs propres clients, car ces ristournes ne sont calculées et rétrocédées dans le cadre du contrat « intermediary » qu'en fin de période de référence (par année ou trimestre).

Cette pratique est de nature à limiter les capacités de développement des concurrents de bpost.

15. S'agissant du principe de transparence, qui a une portée générale, mais est spécifiquement mis en exergue relativement à l'application de tarifs conventionnels, l'IBPT indique que le défaut de transparence s'est manifesté de plusieurs manières.

La décision attaquée estime que six manquements au devoir de transparence sont à retenir à charge de bpost :

(1) la notion de 'groupe d'expéditeurs' pouvait manquer de clarté : des clients ont pu espérer une remise supplémentaire à laquelle ils n'avaient pas droit, comme d'autres ont pu ne pas anticiper une telle remise alors qu'ils y avaient droit;

(2) certains contrats ont été communiqués tardivement et signés plus tardivement encore : des dispositions contractuelles contenant les modifications tarifaires ont été communiquées après l'entrée en vigueur des nouveaux tarifs. Les clients concernés n'ont pas pu anticiper les conséquences des nouveaux tarifs et établir leur budget ou leur plan d'affaires en connaissance de cause;

(3) les tarifs conventionnels n'ont pas été communiqués aux intermédiaires avant que bpost ne les communique à ses propres clients, ce qui n'a laissé que très peu de marge de manœuvre aux intermédiaires dans la conduite des négociations avec leurs clients;

(4) la grille des remises quantitatives n'était pas publiquement accessible en 2010 et la structure de ces remises restait floue : le site internet de bpost ne contenait pas une grille complète reprenant, par classe, le taux et la progressivité des remises de quantité octroyées aux clients conventionnels ; l'information communiquée aux clients ne reprenait pas non plus des détails de chacune des douze classes (volume annuel et taux de remise octroyé par classe);

(5) la structure des remises opérationnelles pouvait également manquer de clarté: il n'était pas toujours aisé d'anticiper les remises accordées;

(6) les régimes de correction semblaient peu transparents et les pénalités applicables en cas de non respect de certains engagements n'ont pas été communiquées de façon suffisamment claire et uniforme, tant aux expéditeurs qu'aux intermédiaires.

16. Sur la gravité de l'ensemble des manquements, la décision énonce que la discrimination tarifaire mise en place en 2010 est très grave d'autant plus qu'à la suite de la libéralisation totale du marché postal, le modèle 'per sender' a été maintenu en 2011 en dépit des objections soulevées par l'IBPT et des griefs notifiés le 19 mai 2011.

Une circonstance atténuante est retenue du fait que les pratiques de discrimination tarifaire n'ont affecté qu'une partie (10% à 25%) des courriers administratifs et de publipostage sous convention en Belgique.

L'amende est fixée au montant le plus bas de la fourchette, calculé en fonction du plafond de 22,5 millions d'euros.

Les manquements au devoir de transparence concernant la conception, la communication et la mise en œuvre des tarifs conventionnels sont considérés être d'une moindre gravité. L'amende est limitée à 50.000 euros.

III. Les griefs et les moyens du recours.

17. La demanderesse propose quatre moyens principaux d'illégalité, dont deux ont trait à des illégalités qui affectent le cours de la trajectoire décisionnelle, le troisième portant sur l'application erronée de l'article 12, 5° de la Directive Postale et de l'article 144*ter* §1^{er}, 5° de la loi du 21 mars 1991 et le quatrième traitant de la violation de l'article 12, cinquième tiret de la Directive Postale et des articles 144*bis* et 144*ter* §1^{er}, 5° de la loi du 21 mars 1991.

Elle développe également des moyens en ordre subsidiaire. Ainsi, bpost argue que l'article 21 §1 de la loi sur le statut de l'IBPT, dans la formulation qui était en vigueur au moment des faits incriminés par la décision attaquée, n'habilitait pas cet institut à infliger des amendes administratives à des personnes morales dans le secteur postal et que, dès lors que la décision applique ledit article 21 §1 dans sa version actuelle, elle viole l'article 7.1 de la CEDH.

A titre plus subsidiaire, bpost fait valoir que la décision viole les principes de proportionnalité et d'équité eu égard à la gravité des infractions alléguées.

18. Au cas où la cour aurait des doutes sur le bien fondé des moyens tirés de la violation des prescrits communautaires, bpost suggère d'interroger préalablement la CJUE par la voie de deux questions prejudicielles, l'une portant sur l'interprétation de l'article 12, cinquième tiret de la Directive Postale et notamment au regard du caractère discriminatoire des remises quantitatives, l'autre portant sur la portée de la notion de transparence.

19. Le premier des moyens principaux reproche à la décision la violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, et des droits de la défense de bpost

Selon bpost, les exigences des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, imposaient que la décision soit rédigée en langue néerlandaise dès lors que le départ de la procédure et la pré-notification des griefs se sont déroulés en néerlandais. Le changement de langue est intervenu sans explication alors que bpost est un service central qui dans les rapports avec les particuliers, doit utiliser la langue que le particulier a utilisé en dernier lieu, en l'occurrence le néerlandais.

20. Le deuxième moyen développé au principal concerne la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les droits de la défense de bpost et les articles 21 et 22 de la loi sur le statut de l'IBPT.

Il est tiré du fait que les amendes administratives infligées par l'IBPT sur la base dudit article 21 ont un caractère pénal au sens de l'article 6 de la CEDH et que dès lors les garanties prévues par l'article 6 de la CEDH doivent être respectées.

Or, selon bpost, l'IBPT n'a pas respecté l'article 6.1. de la CEDH en ce que ce prescrit exige qu'un tribunal impartial et indépendant statue sur toute accusation en matière pénale au sens de la CEDH et ne l'a pas respecté non plus en ce qu'il exige qu'un tribunal établi par la loi statue sur toute accusation en matière pénale au sens de la CEDH.

Elle critique un manque d'impartialité objective, lié au fait que l'organe décisionnel de l'IBPT cumulait les fonctions d'instructeur à l'encontre de bpost, d'accusateur et de juge de la sanction, ainsi qu'un manque d'impartialité subjective, cette dernière étant déduite de la présence lors de l'audition du conseil de l'IBPT.

Dans ce même cadre, bpost dénonce également la violation de l'article 6.3 c) de la CEDH et de ses droits de défense. Le règlement d'ordre intérieur qui doit contenir les éléments minimum essentiels pour le règlement de la procédure, tels que les modalités de procédure et de comparution devant le Conseil, les modalités de délibération et de prise de décision du Conseil, les modalités de répartition au sein du Conseil des compétences, et les modalités et les délais de communication et de notification des décisions du Conseil, fait défaut. Cette absence aurait mené à une procédure arbitraire et imprévisible pour bpost, qui en outre n'aurait pas non plus disposé du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

21. Un point subsidiaire de ce moyen concerne l'application d'un principe général de bonne administration. bpost argue que la décision viole le principe d'impartialité et l'obligation de respecter les droits de la défense.

Remplissant à la fois une fonction d'investigation, de poursuite et de prise de décision, l'IBPT se trouverait de ce fait dans une situation qui est inconciliable avec le principe d'impartialité objective et structurelle qui s'applique à l'administration active.

22. Le troisième moyen au principal soutient en substance que l'article 144ter §1^{er}, 5^o de la loi du 21 mars 1991 et l'article 12, cinquième tiret de la Directive Postale, constituent une application particulière de la règle générale de non-discrimination, énoncée à l'article 12, quatrième tiret de ladite directive et que celle-là constitue une règle spécifique et stricte qui n'est nullement pertinente pour les ristournes quantitatives de bpost, qui font l'objet de la procédure menée par l'IBPT.

Cette règle particulière concernerait uniquement les 'services spéciaux', octroyant aux clients concernés un accès en aval au réseau postal et qui impliquent pour l'opérateur postal concerné des « coûts évités ». Or, les ristournes quantitatives n'impliquent pas de coûts évités pour l'opérateur postal.

Selon bpost, lesdites dispositions ne s'opposent pas à un calcul 'par expéditeur' des ristournes quantitatives.

Elle renvoie à cet égard à l'enseignement de la CJUE dans l'arrêt *Deutsche Post & Vedat Deniz*, ainsi qu'à la position de la Commission européenne exprimée dans sa lettre du 18 juillet 2011 adressée à l'IBPT.

Elle cite également la position de plusieurs régulateurs de pays de l'Union européenne et le cas français où la Cour de cassation a validé ce système tarifaire au regard de sa compatibilité tant avec l'article 102 TFUE qu'avec l'article 12 de la Directive Postale (arrêt du 5 mai 2009).

L'interprétation soutenue par l'IBPT aurait pour conséquence d'ôter au concept « tarifs spéciaux » toute signification.

23. Ensuite, bpost argumente que, quand bien même l'article 144ter §1^{er}, 5^o de la loi du 21 mars devait s'appliquer aux ristournes quantitatives, il n'y avait pas lieu d'infliger une amende, le modèle « par expéditeur » n'étant pas discriminatoire.

Elle argue que la décision ne démontre pas que (i) le modèle tarifaire « par expéditeur » traite de manière différente les expéditeurs d'envois et les intermédiaires, (ii) les éventuels partenaires commerciaux, traités de façon différente, sont défavorisés sur le terrain de la concurrence et que (iii) l'éventuel traitement différencié ne peut être justifié par des motifs objectifs et vise uniquement à préjudicier les concurrents.

Les cinq éléments avancés à cet égard sont:

(i) les intermédiaires et les expéditeurs-clients directs sont des catégories de clients fondamentalement différentes et, dès lors, il ne peut pas être question d'un quelconque traitement discriminatoire;

(ii) les intermédiaires et les expéditeurs-clients directs profitent de tarifs identiques et aux mêmes conditions et, partant, leur traitement n'est pas discriminatoire;

(iii) le calcul par expéditeur de ristournes quantitatives est objectivement justifié et ne vise nullement à évincer les concurrents de bpost du marché;

(iv) le modèle « par expéditeur » ne porte pas préjudice aux intermédiaires et

(v) le modèle « par expéditeur » est avantageux pour le secteur des intermédiaires et le secteur postal belge en général, l'unique alternative au modèle étant une réduction sensible des ristournes quantitatives actuelles éventuellement combinées à une augmentation générale des tarifs.

24. Le quatrième moyen développé au principal critique l'appréciation manifestement erronée de la transparence de l'offre de bpost, à la lumière de l'article 12, cinquième tiret de la Directive Postale et des articles 144*bis* et 144*ter* §1^{er}, 5^o de la loi du 21 mars 1991.

bpost indique d'abord qu'elle a fourni des informations complètes sur sa politique tarifaire concernant le service universel à l'IBPT en lui présentant, dès le 2 septembre 2009, ses tarifs et conditions pour l'année 2010. Elle conteste qu'une telle communication intégrale à tous les clients et une publication sur le site internet de bpost de ces informations -qui sont de par leur nature confidentielles- sont requises pour satisfaire aux obligations de transparence qui découlent de dites dispositions.

Elle ajoute qu'une publication intégrale lui porterait préjudice ainsi qu'à certains de ses clients et souligne que l'article 144*bis* doit être interprété en ce sens que le prestataire du service universel est uniquement tenu de fournir aux utilisateurs concernés des informations précises, actualisées et complètes sur les produits et services faisant partie du service universel, en sorte que les utilisateurs puissent s'orienter sur leur situation individuelle, en tenant compte de la nature et de l'ampleur de leurs activités. En tous cas, il y a lieu selon elle de distinguer le contexte des relations avec des utilisateurs professionnels et celui des consommateurs particuliers.

Elle fait remarquer également que la Commission européenne ne précise pas ce qu'il faut entendre par transparence.

25. Par ailleurs, bpost estime qu'une décision qui inflige une amende doit être clairement détaillée et motivée sous l'angle de l'existence de l'infraction réprimée.

A cet égard, elle indique que les prescrits prévoient uniquement une obligation générale de transparence mais ne précisent nullement d'éventuelles obligations spécifiques, telles que relatives à la signature et à la communication des conventions, qui découleraient de cette obligation générale de transparence.

Elle en déduit que l'IBPT tente, sans la moindre base légale, d'imposer des obligations à bpost qui ne découlent aucunement de la loi du 21 mars 1991 et de sanctionner leur respect et souligne que l'IBPT tente à cet égard de rattraper par ces conclusions un défaut de motivation en invoquant de nouveaux éléments qui ne figuraient ni dans la communication des griefs, ni dans la décision attaquée.

26. Il s'agit notamment des comportements jugés inappropriés au regard du devoir de transparence, dont l'un a trait au manque de communication des tarifs conventionnels aux intermédiaires avant les expéditeurs-clients directs pour permettre aux premiers de faire des offres aux expéditeurs pour la préparation et le dépôt des envois et l'autre au fait que bpost n'ait communiqué ses tarifs pour 2010 qu'à partir de la mi-octobre 2009.

bpost souligne qu'aucune disposition de la loi du 21 mars 1991 ne prévoit une des ces obligations spécifiques.

Par ailleurs, elle observe qu'à partir de la présentation des tarifs applicables en 2011, un outil de simulation des prix est mis à la disposition de tous les clients, ce qui leur permet de calculer leur budget basé sur l'offre tarifaire optimale et correspondante.

IV. La position de l'IBPT en résumé.

27. L'IBPT expose d'abord que la décision attaquée concerne la régulation économique du secteur postal et souligne le rôle moteur joué par les intermédiaires dans la 'consolidation' ou le rassemblement des flux, qui constitue un levier majeur dans le développement d'activités concurrentielles dans les secteurs libéralisés de la chaîne postale.

S'opposant à la thèse de bpost suivant laquelle celle-ci n'est pas en concurrence avec les intermédiaires, elle argumente que dès lors que les intermédiaires interviennent entre l'expéditeur et le destinataire des envois en leur fournissant différents services qu'ils achètent à bpost, notamment la revente du service de distribution, bpost et les intermédiaires sont bien en concurrence.

Sa réfutation de chacun des moyens est largement basée sur la motivation de la décision attaquée, qu'elle complète dans la mesure où bpost formule des griefs qu'elle n'avait pas avancés dans le cadre de la procédure d'instruction, de sa défense en réponse à la communication des griefs ou de son audition devant le Conseil.

28. La réponse de l'IBPT au premier moyen consiste essentiellement à dire que, contrairement à l'allégation de bpost, celle-ci n'a jamais demandé à ce que cette affaire soit traitée en néerlandais, ni soulevé une question de l'emploi des langues que ce soit dans le courant de la procédure d'instruction ou après la communication des griefs.

Selon l'IBPT, il ressort des dispositions des lois coordonnées sur l'emploi des langues qu'il n'était pas tenu d'utiliser une langue déterminée dans ses rapports avec bpost ni, à défaut d'une requête de cette dernière en ce sens, de rédiger la décision litigieuse dans une langue particulière. Partant, elle soutient qu'elle avait le libre choix de langue, que bpost soit considérée comme un service central ou comme une entreprise active dans un secteur régulé.

S'agissant des droits de la défense, qui auraient été violés de part l'utilisation de la langue française, l'IBPT fait remarquer que bpost a demandé un délai supplémentaire uniquement pour émettre ses critiques sur la communication des griefs à laquelle elle a répondu en français et que lors de l'audition du 30 juin 2011, chacun a pu s'exprimer dans sa propre langue.

29. Quant au deuxième moyen, qui critique son manque d'indépendance et d'impartialité, l'IBPT argumente en ordre principal que l'article 6 de la CEDH ne lui est pas applicable, jurisprudence de la Cour de Justice DH à l'appui, aucun des trois critères dits 'Engel' qui déterminent l'existence d'une 'accusation en matière pénale' n'étant rempli : la qualification juridique de la mesure coercitive en droit national, la nature de la sanction imposée et le degré de sévérité de la sanction.

Ensuite elle fait remarquer que quand bien même les garanties de l'article 6 de la CEDH seraient applicables dans le cas d'espèce, ledit prescrit n'est pas violé suivant la CJDH lorsqu'un recours est disponible à l'intéressé devant une juridiction qui offre lesdites garanties.

Le recours exercé par bpost ouvrant un contrôle de pleine juridiction par la cour, le grief ne saurait être accueilli.

30. S'agissant de la régularité de la procédure devant l'IBPT au regard de l'indépendance et de l'impartialité, l'Institut fait remarquer qu'en tant qu'autorité de régulation nationale, instaurée tant en application des directives qui régissent le secteur des télécommunications que de la Directive Postale, il répond aux exigences de ces normes de droit communautaire, qui exigent notamment l'indépendance, seule la cour d'appel ayant le pouvoir de suspendre ou d'infirmes ses décisions.

Quant à l'impartialité l'IBPT fait observer que le principe de l'impartialité structurelle ne saurait être appliqué à l'égard de l'administration active d'une manière aussi sévère qu'à l'égard d'une juridiction.

Quant aux faits évoqués par bpost au titre de l'impartialité subjective, il estime qu'ils ne sont pas de nature à faire planer un soupçon de partialité sur un des membres du Conseil.

Par ailleurs elle estime que le grief relatif au manque d'un règlement d'ordre intérieur est sans intérêt dès lors que la cour dispose d'une compétence de pleine juridiction et que bpost peut faire valoir devant la cour tous ses arguments de défense suivant une procédure établie par la loi.

31 . Le troisième moyen doit être rejeté selon l'IBPT car la règle stricte de non-discrimination prévue à l'article 12 cinquième tiret de la Directive Postale s'impose indistinctement selon que la remise soit de nature opérationnelle ou quantitative.

Les soucis d'une concurrence équitable et d'évitement de tout effet de ciseaux tarifaires, nécessiteraient de veiller à ce que les tarifs spéciaux proposés aux intermédiaires soient au moins aussi attractifs que ceux proposés aux entreprises clientes du prestataire du service.

Aux yeux de l'IBPT, ce souci serait compromis si le prestataire du service universel pouvait contourner la règle stricte de non-discrimination prévue par ces dispositions en modifiant, non pas le niveau global des remises consenties, mais simplement la structure ou l'appellation de celles-ci.

Il s'agirait d'une conséquence de l'obligation d'orientation des tarifs spéciaux en fonction des coûts, prévue à l'article 12, deuxième tiret, de la directive postale et à l'article 144^{ter}, § 1er, 2° de la loi du 21 mars 1991, le niveau de remise octroyé devant refléter les coûts évités.

La non-discrimination consistant à ne pas appliquer de solutions différentes à deux situations identiques, il est interdit au prestataire du service universel de différencier les conditions tarifaires octroyées à ses propres clients de celles octroyées aux intermédiaires pour un même service en volume et qualité de préparation.

32. Ainsi que bpost le prétend pour la thèse contraire, l'IBPT estime que son point de vue rejoint celui exprimé par la CJUE dans l'arrêt *Deutsche Post & Vedat Deniz*.

L'Institut s'estime en outre conforté dans cette position par le courrier de la Commission européenne du 18 juillet 2011 qui confirmait qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les rabais quantitatifs et opérationnels.

Par ailleurs, l'Institut estime que les modèles tarifaires utilisés par les opérateurs historiques dans d'autres pays de l'Union européenne dont bpost fait grand cas, ne permettent pas d'en tirer enseignement univoque quant à la conformité de rabais quantitatifs par expéditeur avec l'article 12, cinquième tiret de la Directive Postale.

Quant à la justification économique avancée en soutien des rabais quantitatifs, qui auraient pour seul but de stimuler la demande des grands expéditeurs, l'IBPT rétorque qu'elle est contredite par des études relatives à l'élasticité de la demande du courrier administratif et du 'direct mail'.

33. Le quatrième moyen relatif à la violation de l'obligation de transparence manquerait également de fondement.

S'agissant de l'étendue des obligations imposées par la loi du 21 mars 1991, l'IBPT défend qu'il lui revient d'en définir la portée concrète et de décider du meilleur moyen de rendre publiques les informations concernant le service universel, étant donné qu'au vœu du législateur européen, il s'agit d'un niveau de transparence élevé.

Il fait état d'un avis concernant la transparence des tarifs conventionnels, publié dès 2005, et ajoute qu'au cours de l'enquête il a donné à bpost d'autres indications quant à la manière de communiquer des informations 'suffisamment précises et actualisées' et 'de façon appropriée'.

Par ailleurs l'IBPT maintient que les infractions retenues à charge de bpost sont établies et pertinentes au regard de l'obligation de transparence contrôlée.

V. Le cadre réglementaire.

(a) le cadre européen.

34. Au niveau du cadre européen, les normes pertinentes font partie de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, modifiée par:

- la Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté;
- la Directive 2008/6/CE du parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

La Commission européenne a également publié le 6 février 1998 une 'Communication sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'état relatives aux services postaux' (J.O. 98/C 39/02).

L'actuel article 12 de ladite directive dispose:

"Les États membres prennent des mesures pour que les tarifs de chacun des services faisant partie du service universel soient conformes aux principes suivants:

- les prix sont abordables et doivent être tels que tous les utilisateurs, quelle que soit le lieu géographique et compte tenu des conditions nationales spécifiques, aient accès aux services offerts. Les États membres peuvent maintenir ou introduire la prestation de services postaux gratuits destinés aux personnes aveugles et malvoyantes,*
- les prix sont orientés sur les coûts et fournissent des incitations à une prestation efficace du service universel. Lorsque des raisons liées à l'intérêt public l'imposent, les États membres peuvent décider qu'un tarif uniforme est appliqué sur l'ensemble de leur territoire national et/ou au courrier transfrontière pour des services prestés au tarif unitaire et pour d'autres envois postaux,*
- l'application d'un tarif uniforme n'exclut pas le droit pour le ou les prestataires du service universel de conclure des accords tarifaires individuels avec les utilisateurs,*
- les tarifs sont transparents et non discriminatoires,*
- lorsqu'ils appliquent des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs utilisateurs, les prestataires du*

service universel respectent les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne tant les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Les tarifs s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers que dans les relations entre les tiers et les prestataires du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont également à la disposition des utilisateurs, notamment les particuliers et les petites et moyennes entreprises, qui ont recours aux services postaux dans des conditions similaires.»

35. Dans sa version initiale, cet article 12 stipulait:

"Les États membres prennent des mesures pour que les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel soient conformes aux principes suivants:

- les prix doivent être abordables et doivent être tels que tous les utilisateurs aient accès aux services offerts,*
- les prix doivent être orientés sur les coûts; les États membres peuvent décider qu'un tarif unique est appliqué sur l'ensemble de leur territoire national,*
- l'application d'un tarif unique n'exclut pas le droit pour le ou les prestataires du service universel de conclure des accords tarifaires individuels avec les clients,*
- les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires."*

Lors d'une première modification de la directive, 97/67/CE par la directive 2002/39/CE, le cinquième tiret inséré à cette occasion stipulait :

« Lorsqu'ils appliquent des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients, les prestataires du service universel sont tenus de respecter les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne tant les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Lesdits tarifs tiennent compte des coûts évités par rapport aux services traditionnels comprenant la totalité des prestations proposées concernant la levée, le transport, le tri et la distribution des correspondances individuelles et s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers que dans les relations entre les tiers et les prestataires du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont à la disposition des particuliers utilisant les services postaux dans des conditions similaires. »

(b) le cadre national :

36. Les dispositions successives de droit communautaire étaient transposées dans la législation nationale par:

(i) l'article 144bis de la loi du 21 mars 1991:

§ 1er Le prestataire du service universel fournit aux utilisateurs des informations précises, actualisées et complètes sur les produits et services faisant partie du service universel.

Des informations concernant l'accès au service, le tarif, le niveau de qualité, les règles de la responsabilité et la procédure de réclamation doivent pouvoir être formulées oralement.

Les caractéristiques d'un produit doivent pouvoir être énumérées.

Outre ce qui est prévu à l'article 144, il affiche de manière claire et lisible les heures d'ouverture des bureaux à l'extérieur de ceux-ci, et les principaux tarifs à l'intérieur de ces derniers.

Il fournit également dans tous les bureaux des brochures détaillant, par produit ou service faisant partie du service universel, les conditions d'accès, les tarifs de base, les réductions, les suppléments standards, les règles de la responsabilité et la procédure de réclamation, et mentionnant le nom et l'adresse de son siège principal.

§ 2. Toute modification apportée aux conditions d'offre des produits et services doit être portée à la connaissance des utilisateurs avant son entrée en application."

L'article 144 stipule : » Les conditions générales et particulières en matière d'offre des services et fournitures qui font partie du service universel, ainsi que les tarifs, font l'objet d'un "Catalogue des services offerts par le prestataire du service universel" publié au Moniteur belge. Les modifications apportées à ce catalogue doivent également être publiées au Moniteur belge."

(ii) L'article 144ter de la loi du 21 mars 1991, dont la première version stipulait:

« **§ 1.** Les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel sont fixés selon les principes suivants :

1° les prix doivent être abordables et tels que tous les utilisateurs aient accès aux services offerts;

2° les prix doivent être orientés sur les coûts du service universel ;

3° les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires ;

4° les tarifs sont identiques sur toute l'étendue du territoire du Royaume quels que soient les lieux de levée et de distribution.

§ 2. Sans préjudice du § 1er, des accords tarifaires individuels peuvent être conclus pour prendre en compte le volume et la nature des prestations respectives des parties."

La version actuelle desdits §1 et §2, après leur modification par la loi du 13 décembre 2010, entré en vigueur le 31 décembre 2010, stipule :

« **§ 1er.** Les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel fourni par le prestataire du service universel sont fixés conformément aux principes suivants:

1° les prix sont abordables et doivent être tels que tous les utilisateurs, quel que soit leur lieu géographique, aient accès aux services.

Un ensemble de services représentatifs pour le particulier et pour le petit utilisateur professionnel est appelé « panier des petits utilisateurs ». Ce panier qui est soumis aux tarifs unitaires comprend :

— les envois domestiques prioritaires et non prioritaires dont le poids est inférieur ou égal à 2 kg;

— le courrier transfrontière sortant prioritaire et non prioritaire dont le poids est inférieur ou égal à 2 kg;

— les colis postaux domestiques et transfrontières sortants jusqu'à 10 kg;

— les envois recommandés et les envois à valeur déclarée domestiques et transfrontières sortants.

Le prestataire du service universel limite ses augmentations tarifaires annuelles pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs selon un price cap, des procédures et des modalités d'intervention de l'Institut en sus de celles déjà stipulées au § 2, fixées par le Roi, avant le 31 décembre 2011, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres. La réglementation relative au price cap définie aux articles 29, 31 et 32 de l'arrêté royal du 11 janvier 2006 mettant en application le titre IV (Réforme de la Régie des Postes) de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques sera d'application et sera maintenue dans cet arrêté.

Pour les envois de correspondance appartenant au service universel, le prestataire du service universel doit proposer au moins un tarif public réduit qui dépend de conditions de dépôt minimales. Cette réduction est orientée sur les coûts évités par rapport aux services standards.

2° les tarifs sont orientés sur les coûts;

3° le tarif est identique sur toute l'étendue du territoire du Royaume quels que soient les lieux de levée et de distribution;

4° les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires. Tant les prix que les conditions sont appliqués sans discrimination.

5° lorsqu'il applique des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs utilisateurs, un prestataire du service universel respecte les principes de transparence et de non-discrimination tant en ce qui concerne les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Les tarifs s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers que dans les relations entre les tiers et les prestataires du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont également à la disposition des utilisateurs, notamment les particuliers et les petites et moyennes entreprises, qui ont recours aux services postaux dans des conditions similaires;

§ 2. En cas d'augmentation des tarifs pour les produits appartenant au panier des petits utilisateurs des services postaux universels mentionnés au § 1er, 1°, tous les documents relatifs au calcul du prix de revient sont communiqués à l'Institut préalablement à la modification et au plus tard au 1er septembre de l'année n-1 en vue de l'approbation de l'augmentation des tarifs. L'Institut examine les principes tarifaires d'orientation sur les coûts, l'uniformité, la non-discrimination, la transparence ainsi que l'abordabilité. L'Institut évalue l'abordabilité sur la base du respect des principes exposés au § 1er, 1°. Si l'un de ces principes n'est pas respecté, l'Institut refusera la hausse tarifaire proposée par le prestataire désigné du service universel. »

37. Dans sa deuxième version, après la transposition de la directive 2002/39/CE, les §1 et 2 de cet article stipulaient:

"§1" *Les tarifs de chacun des services faisant partie de la prestation du service universel sont fixés selon les principes suivants :*

1° les prix doivent être abordables et tels que tous les utilisateurs aient accès aux services offerts;

2° les prix doivent être orientés sur les coûts du service universel;

3° les tarifs doivent être transparents et non discriminatoires;

4° les tarifs sont identiques sur toute l'étendue du territoire du Royaume quels que soient les lieux de levée et de distribution;

5° lorsqu'il applique des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients, le prestataire du service universel est tenu de respecter les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne tant les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Lesdits tarifs tiennent compte des coûts évités par rapport aux services traditionnels comprenant la totalité des prestations proposées concernant la levée, le transport, le tri et la distribution des correspondances individuelles et s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les relations entre les tiers que dans les relations entre les tiers et les prestataires du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont à la disposition des particuliers utilisant les services postaux dans des conditions similaires;

6° le financement de services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant de services du secteur réservé est interdit, sauf si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel imposées au domaine concurrentiel.

§ 2. Sans préjudice du § 1er, des accords tarifaires individuels peuvent être conclus pour prendre en compte le volume et la nature des prestations respectives des parties."

38. L'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut de l'IBPT, dans sa version actuelle, stipule :

"§ 1er. Si le Conseil dispose d'un faisceau d'indices qui pourraient indiquer une infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou aux décisions prises par l'Institut en exécution de cette législation ou réglementation, il fait part de ses griefs à l'intéressé ainsi que des mesures envisagées visées au paragraphe 5 qui seront appliquées en cas de confirmation de l'infraction.

§ 2. Le Conseil fixe le délai dont dispose l'intéressé pour consulter le dossier et présenter ses observations écrites. Ce délai ne peut être inférieur à dix jours ouvrables.

§ 3. L'intéressé est invité à comparaître à la date fixée par le Conseil et communiquée par lettre recommandée. Il peut se faire représenter par le conseil de son choix.

§ 4. Le Conseil peut entendre toute personne pouvant contribuer utilement à son information, soit d'office, soit à la demande de l'intéressé.

§ 5. Si le Conseil conclut à l'existence d'une infraction, il ordonne d'y remédier, soit immédiatement, soit dans le délai raisonnable qu'il impartit.

L'ordre d'y remédier peut être accompagné de l'une ou de plusieurs des mesures suivantes:

1° des prescriptions relatives à la manière dont il faut remédier à l'infraction;

2° le paiement dans le délai impartit par le Conseil d'une amende administrative au profit du Trésor public d'un montant de 5 % au maximum du chiffre d'affaires du contrevenant réalisé au cours de l'exercice complet le plus récent dans le secteur des communications électroniques ou des services postaux en Belgique ou si le contrevenant ne développe pas d'activités lui faisant réaliser un chiffre d'affaires, d'un montant maximal de 5.000 euros;

(...) »

39. Au moment où la décision attaquée était prise, le §1 de l'article 21, avant sa modification par la loi du 13 décembre 2010, stipulait:

"§ 1er. Sous réserve de l'article 21/1, en cas d'infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect, le Conseil notifie ses griefs au contrevenant ainsi que le montant envisagé de l'amende administrative au profit du Trésor public d'un montant maximal de 5.000 euros pour les personnes physiques ou de 5 % maximum du chiffre d'affaires du contrevenant pendant l'année complète de référence la plus récente dans le secteur postal ou dans le secteur des communications électroniques en Belgique pour les personnes morales."

(...).

VI. La décision de la cour.

(1) Les moyens qui concernent la trajectoire décisionnelle de la décision attaquée.

a) Sur l'emploi des langues.

40. bpost argue que la décision attaquée était prise en violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966, dès lors qu'elle est rédigée en langue française, alors qu'elle avait fait usage de la langue néerlandaise dans ses rapports avec l'IBPT.

Selon elle, l'IBPT était tenu de faire usage de la langue néerlandaise en vertu de l'article 41 desdites lois sur l'emploi des langues (ci-après 'les lois coordonnées').

41. L'IBPT est un service central dont l'activité s'étend à l'ensemble du pays au sens des lois coordonnées.

Il s'ensuit que le chapitre V desdites lois coordonnées qui régit l'emploi des langues dans les services dont l'activité s'étend à tout le pays, lui est applicable.

42. bpost de son côté est une entreprise publique autonome, qui a été transformée en société anonyme de droit public, conformément à l'article 37 de la loi du 21 mars 1991, et dans laquelle des autorités publiques détiennent une participation dépassant 50% (50,01% en l'occurrence).

Aux termes de l'article 36 §1 de ladite loi, « *Les entreprises publiques autonomes, ainsi que leurs filiales qu'elles associent à la mise en oeuvre de leurs tâches de service public et dans lesquelles la participation des autorités publiques dépasse 50%, sont soumises aux dispositions des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966.* »

S'agissant d'une entreprise dont l'activité s'étend à tout le pays, bpost constitue également un 'service central' au sens des dispositions de la section I desdites lois coordonnées.

43. L'article 41 §1 des lois coordonnées régissant les rapports entre les services centraux et les particuliers, il n'est pas applicable dans les relations entre deux services centraux.

44. L'emploi des langues dans les relations entre services centraux, en tant que tel, n'est pas réglé par une disposition spécifique des lois coordonnées.

Considéré sous cet angle et eu égard d'une part qu'en raison de l'article 30 de la Constitution l'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif et ne peut être réglé que par la loi, et d'autre part, qu'en vertu de l'article 4 de la Constitution la région linguistique Bruxelles-Capitale est bilingue, la conclusion s'imposerait que l'IBPT et bpost étaient en droit de faire usage de la langue française ou néerlandaise, selon leurs convenances.

45. L'usage de la langue par les parties en cause peut également être considéré sous l'angle du fonctionnement d'un service. Il s'agit alors de l'emploi de langue pour des actes afférents à une enquête administrative soumis aux règles applicables à leurs services intérieurs.

A ce titre, ces actes sont soumis à l'article 39 des lois coordonnées qui dispose : *'Dans leurs services intérieurs, dans leurs rapports avec les services régionaux et locaux de Bruxelles-Capitale, les services centraux se conforment à l'article 17, § 1er, étant entendu que le rôle linguistique est déterminant pour l'instruction des affaires mentionnées sub A, 5° et 6°, et B, 1° et 3°, de ladite disposition.'*

L'article 17, §1 dispose : *"Dans ses services intérieurs, dans ses rapports avec les services dont il relève, ainsi que dans ses rapports avec les autres services de Bruxelles-Capitale, tout service local établi dans Bruxelles-Capitale utilise, sans recours aux traducteurs, le français ou le néerlandais, suivant les distinctions ci-après:*

A. Si l'affaire est localisée ou localisable :

1° exclusivement dans la région de langue française ou de langue néerlandaise : la langue de cette région;

2° à la fois dans Bruxelles-Capitale et dans la région de langue française ou de la langue néerlandaise : la langue de cette région;

3° à la fois dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise : la langue de la région où l'affaire trouve son origine;

4° à la fois dans les régions de langue française et de langue néerlandaise et dans Bruxelles-Capitale, lorsqu'elle a son origine dans une des deux premières régions : la langue de cette région;

5° à la fois dans les régions de langue française et de langue néerlandaise et dans Bruxelles-Capitale, lorsqu'elle a son origine dans celle-ci : la langue désignée au B ci-après;

6° exclusivement dans Bruxelles-Capitale : la langue désignée au B ci-après;

B. Si l'affaire n'est ni localisée ni localisable :

1° si elle concerne un agent de service : la langue dans laquelle celui-ci a présenté son examen d'admission ou, à défaut de semblable examen, la langue du groupe auquel la langue principale de l'intéressé le rattache;

2° si elle a été introduite par un particulier : la langue utilisée par celui-ci;

3° dans tout autre cas: la langue dans laquelle l'agent, à qui l'affaire est confiée, a présenté son examen d'admission. Si cet agent n'a pas subi d'examen d'admission, il emploie sa langue principale."

46. Eu égard au point de rattachement pertinent pour décider de l'usage d'une langue par les services internes, la localisation de 'l'affaire' s'impose préalablement.

S'agissant de l'objet de l'enquête menée par l'IBPT suite à la présentation par bpost, le 2 septembre 2009, de sa politique tarifaire, il n'est pas douteux que l'affaire ne peut être localisée que par le point de rattachement indiqué sous le point A. 5 ou 6. Dans ces deux cas, il est renvoyé au point B.

Des trois solutions proposées au point B.3, seule la troisième, qui présente un caractère résiduaire, peut être retenue.

Tant dans le chef de bpost que de l'IBPT, la langue de l'affaire suivait le rôle linguistique de l'agent à qui l'affaire était confiée ou la langue dans laquelle s'exprimait principalement l'agent concerné.

47. Etant donné que l'IBPT communique que l'instruction de l'affaire était confiée à des agents des deux rôles linguistiques et que les membres du Conseil ne s'expriment pas tous principalement dans la même langue, l'emploi d'une seule langue ne s'imposait pas en application de l'article 17 §1 des lois coordonnées en ce qui le concerne.

Quant à bpost, il ressort de ses explications fournies en conclusions qu'elle avait confié le dossier à des préposés d'expression néerlandaise en sorte que de son côté la langue applicable était le néerlandais.

48. Une langue applicable à l'ensemble de l'affaire ne pouvant être déterminée sur la base des critères légaux en ce qui concerne l'IBPT, les règles relatives à l'emploi des langues par les services centraux ne permettent pas de définir la langue applicable à la procédure administrative, ni à la décision qui est intervenue au terme de cette procédure.

Il s'ensuit que, du point de vue de l'usage des langues, en tant que service central, l'IBPT pouvait s'adresser valablement à bpost aussi bien en langue française que néerlandaise.

49. Dès lors, indépendamment de l'angle sous lequel l'usage est considéré, le premier moyen qui reproche à l'acte attaqué une violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative doit être rejeté.

b) Sur la violation de l'article 6 de la CEDH, des droits de la défense de bpost et des articles 21 et 22 de la loi sur le statut de l'IBPT.

50. Le recours met d'abord en cause le fait que la procédure d'imposition d'amendes administratives devant l'IBPT n'offre pas les garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH).

Il ressort du chapitre III de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut de l'IBPT, et notamment eu égard aux missions qui lui sont confiées, que cet organisme d'intérêt public est instauré comme autorité administrative.

Dès lors, les décisions prises par cet organisme revêtent le caractère d'acte administratif.

Il s'ensuit que les règles de droit judiciaire qui régissent les procédures civiles ou pénales devant les juridictions ne sont pas applicables au régulateur des services de télécommunications et des services postaux.

51. Il ressort de l'article 21 de la loi sur le statut de l'IBPT que la décision infligeant une amende administrative découle d'une action répressive du régulateur, exercée lorsque celui-ci estime qu'une personne agit en infraction à la législation ou à la réglementation dont l'Institut contrôle le respect ou aux décisions prises par l'Institut en exécution de cette législation ou réglementation.

Quand bien même ladite loi a instauré succinctement une procédure spécifique pour l'exercice de la compétence d'imposition d'amendes au sein de l'autorité de régulation, le trajet décisionnel proprement dit ne diffère pas de la procédure ordinaire qu'adopte le Conseil pour l'exécution de l'ensemble de ses missions.

Par ailleurs, le règlement d'ordre intérieur du Conseil, prévu à l'article 22 de la loi sur le statut de l'IBPT, qui doit être établi par le Conseil des Ministres sur avis de l'Institut, n'a toujours pas vu le jour.

Dès lors, ledit trajet décisionnel suivi dans l'exercice dudit pouvoir répressif ne mène pas à une décision de nature juridictionnelle.

52. Quand bien même la décision attaquée n'émane pas d'un collège juridictionnel mais d'une autorité administrative, il n'y a pas de doute qu'eu égard à son aspect punitif elle est proche de l'acte juridictionnel compris dans le sens matériel.

En effet, l'article 21 de la loi sur le statut de l'IBPT confie au Conseil de l'IBPT un pouvoir répressif à l'encontre de comportements infractionnels à la législation ou la réglementation, destiné à exercer un effet dissuasif. L'amende peut atteindre des montants très considérables dont la fixation est laissée, dans les limites fixées par la loi, à l'IBPT en tenant compte de la gravité du manquement commis, voire du refus de se conformer au remède imposé.

Eu égard à la nature de l'infraction réprimée ainsi qu'à la nature et à la gravité de la sanction, la décision attaquée impose une sanction qui revêt un caractère pénal au sens autonome de l'article 6 de la CEDH.

53. La proximité de l'acte juridictionnel n'a pourtant pas pour conséquence qu'au niveau de la procédure d'instruction et du processus décisionnel administratif, les garanties prévues par la CEDH s'appliquent de la même façon que devant une juridiction.

En effet, l'article 6 de la CEDH ne requiert pas que la procédure devant l'instance administrative habilitée à imposer une amende administrative 'à caractère pénal' rencontre elle-même les exigences de la CEDH.

L'absence de ces garanties dans la procédure administrative n'entraîne pas la violation de l'article 6 de la CEDH lorsqu'un tribunal, disposant d'une compétence de pleine juridiction et présentant les garanties de cette disposition, peut annuler la décision administrative et le cas échéant renvoyer l'affaire (CJDH, arrêt du 23 octobre 1995, Schmutz e.a. c. Autriche; arrêt du 27 septembre 2011, Menarini c. Italie).

54. Le législateur ayant instauré, aux termes de l'article 2 de la loi sur les recours à l'encontre des décisions de l'IBPT, un recours de pleine juridiction, au sens le plus large, il a rencontré la jurisprudence de la CJDH relative à l'article 6,1° de la CEDH lorsqu'une autorité administrative inflige une amende administrative.

En effet, le recours que la demanderesse exerce devant la cour est de pleine juridiction ce qui doit être compris en ce sens que tous les aspects de fait et de droit du litige doivent être examinés, y compris la proportionnalité de la sanction imposée et que, le cas échéant, la cour peut mettre à néant la décision et substituer sa décision à celle de l'IBPT.

Cette conclusion n'est pas éternuée par la circonstance que le recours ne suspend pas de plein droit la décision, dès lors que la cour peut, à la demande de l'intéressé et par décision avant dire droit, suspendre, en tout ou en partie, l'exécution de la décision de l'Institut et ce, jusqu'au jour du prononcé de l'arrêt sur le fond du recours.

55. Partant, eu égard à la nature de la décision attaquée et au recours instauré devant la cour, les garanties de la CEDH qui s'appliquent aux procédures judiciaires ne doivent pas s'appliquer en tant que telles à la procédure d'amendes administratives instaurée auprès de l'IBPT.

En ce qu'il argue le contraire, le premier moyen doit être rejeté.

56. L'inapplicabilité de la CEDH n'empêche pas que la procédure d'imposition d'amendes par l'IBPT doit offrir les garanties de l'application des principes généraux de droit reconnus par la Cour de Cassation, tels les principes de bonne administration, de l'impartialité, du devoir de motivation, du droit de la défense et du droit à la loyauté dans l'administration de la preuve.

L'impartialité constitue un principe général de droit d'ordre public qui s'applique à l'administration active et en vertu duquel l'autorité doit veiller à ne pas donner prise à un soupçon de partialité (Cass. 9 janvier 2002).

Ce principe trouve à s'appliquer d'une part au niveau de l'impartialité objective, où est concernée l'impression de partialité qui peut résulter des modalités de mise en oeuvre de la procédure et, d'autre part, au niveau de l'impartialité subjective qui a trait à des agissements concrets dans le cadre d'un litige.

57. D'abord, la demanderesse ne soutient pas que l'IBPT n'offre pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par les articles 3 et 3 bis de la Directive Cadre (directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de Communications électroniques), qui disposent que les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en sorte qu'elles soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes et qu'elles exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente. Ils stipulent également que ces autorités ne peuvent accepter une instruction d'aucun autre organe.

Deuxièmement, s'agissant du cumul des fonctions incriminé par le Conseil, il y a lieu de considérer que si en principe, les personnes qui ont soutenu l'accusation dans une phase déterminée de la procédure ne peuvent plus intervenir lors d'une phase ultérieure, notamment lors de la délibération sur la décision finale, ce principe ne trouve cependant pleinement à s'appliquer que si cela s'avère compatible avec la nature et la structure propres de l'organe amené à se prononcer, de même qu'avec les exigences de l'administration active. Par ailleurs, le grief de partialité ne peut se fonder sur une situation qui découle seulement de l'application normale et obligatoire de la loi (comp. C.E., arrêt n° 222.420 du 7 février 2013).

58. Dans le cas d'espèce, au niveau de l'impartialité objective, la demanderesse dénonce en réalité uniquement que la décision du Conseil de l'IBPT résulte de l'application d'une procédure prévue par la loi, mais laquelle est jugée attentatoire à des droits conférés par la CDEH, que le législateur entendait protéger.

Force est de constater d'un côté, que le législateur n'a pas instauré au sein de l'IBPT une procédure caractérisée par la séparation des fonctions d'instruction et de sanction et, d'un autre côté, que cette procédure administrative ne viole aucun prescrit de droit international ou communautaire.

Ne pouvant pas écarter la loi en raison de la prééminence de normes de droit international ou communautaire, voire en raison d'un principe général de droit, qui ne peut faire échec à l'application de la loi, l'IBPT était tenu de l'appliquer.

59. S'il est d'autre part exact que l'absence du règlement d'ordre intérieur du Conseil rend le fonctionnement de celui-ci moins transparent, il n'en reste pas moins que la demanderesse était clairement informée à l'avance du déroulement de la procédure et que son audition s'est effectivement déroulée conformément à ce qui lui avait été annoncé.

A cet égard, il y a lieu d'observer également que si la demanderesse s'est initialement plainte de ce que le délai imparti était insuffisant pour organiser efficacement sa défense, la Communication des griefs lui ayant été transmise en date du 19 mai 2011, le Conseil a consenti à bpost une prolongation du délai fixé pour présenter sa réponse à cette Communication jusqu'au 28 juin 2011 en sorte que bpost a disposé d'un délai de quarante jours pour répondre. Il n'est pas sans importance non plus d'observer que bpost était informée, dès le 29 octobre 2010, de l'existence de présomptions d'infraction et qu'elle y avait déjà répondu le 17 décembre 2010.

60. Dès lors, au niveau de l'impartialité objective, les faits allégués à l'appui du grief ne sont pas établis.

61. Quant à l'impartialité subjective, bpost ne fait pas état de faits précis ayant pu susciter une impression de parti pris ou pu compromettre l'objectivité de l'enquête ou la sérénité et l'objectivité des débats et de la décision attaquée.

Elle cite seule la présence, lors de l'audition du 30 juin 2011 -au cours de laquelle il n'y a par ailleurs pas eu d'échanges de vues- d'un conseil externe (avocat) de l'IBPT, ce qui ne justifie toutefois pas qu'elle nourisse des doutes sur l'impartialité des membres du Conseil.

62. Il s'ensuit que le deuxième moyen doit également être rejeté.

(2) Les moyens sur le fond des comportements incriminés.

c) Sur l'application du principe de non-discrimination dans la relation entre bpost et les intermédiaires à la lumière de l'article 12, cinquième tiret de la Directive Postale et de l'article 144ter §1^{er}, 4^o et 5^o de la loi du 21 mars 1991.

63. La critique fondamentale de l'IBPT à l'égard des tarifs conventionnels pour les clients qui confient du courrier publicitaire adressé (direct mail) et du courrier administratif (administratif mail) à bpost est que celle-ci octroie aux intermédiaires groupant les envois de plusieurs clients des remises quantitatives qui sont calculées par expéditeur et non pas sur les volumes cumulés déposés par eux sur son réseau, privant ainsi ces intermédiaires des réductions les plus élevées sur les volumes d'envois déposés, alors qu'ils déposent des volumes d'envois groupés comparables aux volumes déposés par les gros expéditeurs et qui présentent une même quantité de préparation que les volumes déposés par ces derniers.

Deux des autres discriminations relevées par la décision attaquée découlent quasi naturellement de ladite différence de traitement: (i) les intermédiaires doivent identifier les expéditeurs alors que la nature des prestations ne diffère pas selon que le client soit identifié ou non,

(ii) les intermédiaires sont privés des ristournes soumises à des conditions spécifiques de dépôt, pour les volumes agrégés. La quatrième discrimination porte sur le fait que les intermédiaires sont tenus de préfinancer les remises de quantité à l'égard de leurs propres clients.

64. Tout d'abord, il y a lieu de relever quant à l'étendue et à l'objet du contrôle de l'application du principe de non-discrimination, notamment au regard du contexte économique du marché postal dans lequel le prestataire du service universel opère, que l'IBPT considère qu'il exerce une compétence liée et qu'il est sans pouvoir d'appréciation.

S'il ressort de l'analyse des faits que, dans des conditions équivalentes, en termes de volume et de qualité de préparation d'envois, un service bénéficiant d'un tarif conventionnel est tarifé différemment selon la qualité du tiers à qui il est fourni, la discrimination est définitivement avérée et le bien fondé des explications économiques avancées par le prestataire du service universel pour justifier la différenciation tarifaire en devient sans importance.

65. En revanche, il ressort de l'ensemble de la défense de bpost qu'elle estime que le raisonnement économique sous-jacent au mode de calcul des niveaux des ristournes qu'elle applique doit être pris en considération, et qu'une différenciation tarifaire qui touche à l'activité des intermédiaires ne peut être rejetée sur la base du seul motif qu'elle se heurte à l'application d'un modèle de consolidation.

A ses yeux, l'application du principe de non-discrimination doit être inspirée des fins qui président aux directives postales consécutives. Celles-ci indiquent qu'elles ont pour but: '*le développement du marché intérieur des services postaux et l'amélioration de la qualité du service*' (1997/67/CE), '*l'ouverture à la concurrence*' (2002/39/CE) et '*l'achèvement du marché*' (2008/6/CE).

L'octroi d'un rabais lié à la quantité d'envois a pour objet de stimuler les expéditeurs à confier davantage d'envois à bpost. Elle estime ne pas discriminer un intermédiaire dans la mesure où celui-ci se borne à agréger les envois d'expéditeurs, reçoit une compensation adéquate pour les services qu'il preste et qui évitent des coûts à bpost, étant entendu que, dans cette approche, l'octroi d'un tel rabais ne peut avoir pour effet en soi de nuire à l'effet contributif à la concurrence de l'activité des intermédiaires.

66. Les parties divergent d'opinion sur la portée qu'il y a lieu de réserver au prescrit de l'article 12, cinquième tiret et notamment eu égard à l'interprétation qui y a été donnée par la Cour de Justice de l'UE dans l'arrêt *Deutsche Post AG, Vedat Deniz e.a.* du 6 mars 2008 (affaires jointes C-287/06 à C-292/06).

Ledit arrêt dit pour droit que l'article 12, cinquième tiret de la directive postale doit être interprété en ce sens *"qu'il s'oppose à ce que soit refusé aux entreprises regroupant, à titre professionnel et en leur propre nom, les envois postaux de plusieurs expéditeurs le bénéfice des tarifs spéciaux que le prestataire national du service postal universel accorde, dans le domaine de sa licence exclusive, à des clients professionnels pour le dépôt dans ses centres postaux de quantités minimales d'envois prétriés"*.

Les faits concrets qui sont à la base de cet arrêt concernent le cas où le prestataire du service universel accorde « des tarifs spéciaux aux clients professionnels qui remettent des envois postaux dans le réseau postal en les déposant prétriés dans les centres postaux, » mais refusait ces tarifs spéciaux aux *"entreprises qui vont collecter les envois postaux auprès de l'expéditeur et les trient à l'avance pour remettre ces envois dans le réseau postal aux mêmes points d'accès et aux mêmes conditions que les clients professionnels"*.

67. Sous le point 28 dudit arrêt, la cour relève *que lorsqu'un tel prestataire applique des tarifs spéciaux aux entreprises et/ou aux expéditeurs d'envois en nombre, les intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients doivent pouvoir bénéficier des mêmes tarifs aux mêmes conditions."*

Le point 41. précise que si *"l'article 12, cinquième tiret, de la directive 97/67 ne vise pas à régler la question de principe consistant à savoir si un prestataire du service postal universel doit ou non accorder un accès à la chaîne postale à des conditions et en des points différents de ceux du service de la poste aux lettres traditionnel (...)"*, il ressort du libellé de ladite disposition que *"celle-ci impose aux États membres une stricte obligation de respecter les principes de transparence et de non-discrimination dans l'hypothèse où un tel accès à des tarifs spéciaux est, en fait, accordé par ce prestataire."*

D'autre part, la CJUE a indiqué sous les points 42. et 43. de cet arrêt que l'article 12, cinquième tiret a vocation à régler la situation où le prestataire accorde « à ses clients professionnels l'accès à son réseau postal à des points autres que les points d'accès traditionnels et leur consent à cet effet des tarifs spéciaux, ceux-ci ayant trait aux services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients ».

68. Ainsi qu'il appert de l'histoire législative de l'article 12 de la Directive Postale, le cinquième tiret y était inséré en 2002 afin de préciser la portée du principe de non-discrimination dans le cas d'application de tarifs spéciaux. La version initiale de ce cinquième tiret stipule que ces tarifs spéciaux doivent tenir compte des coûts évités par rapport aux services traditionnels proposés par le prestataire du service universel. Ce principe doit s'appliquer dans les relations entre les tiers et dans les relations entre les tiers et le prestataire des services.

Cette disposition rejoint le considérant 29. du préambule de la directive 2002/39/CE, qui met les tarifs spéciaux en rapport avec des actes opérationnels du prestataire du service universel.

Ce caractère spécial du prescrit du cinquième tiret, a été traduit dans la législation nationale, le législateur ayant inversé, lors de transposition de la directive 2008/6/CE, l'ordre des points 3 et 4 de l'article 144 §1 en sorte que le point 5 puisse constituer un cas d'application particulier par rapport au principe énoncé au point 4.

69. Quand bien même la deuxième version dudit cinquième tiret ne mentionne plus expressément que les tarifs spéciaux tiennent compte des coûts évités, il ne saurait en être déduit que le but poursuivi par cette disposition a changé depuis son introduction.

En effet le considérant 39 du préambule de la troisième directive 2008/6/CE. met ces tarifs spéciaux toujours en rapport avec des services prestés en indiquant qu'ils sont conformes au principe d'orientation des tarifs sur les coûts (principe mentionné au deuxième tiret) ainsi que leur lien avec les coûts évités par rapport aux services traditionnels.

Dès lors, la portée du cinquième tiret, ne semble pas avoir changé après sa modification par la directive 2008/6/CE.

70. L'ensemble de ces éléments pourrait indiquer que le cinquième tiret de l'article 12 vise uniquement les 'tarifs spéciaux' octroyés en raison des coûts relatifs aux prestations traditionnelles évités par les prestations des expéditeurs d'envois en nombre ou des intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients et non pas en raison de rabais purement quantitatifs.

Cette indication pourrait être corroborée par les points 37. et 38. de l'arrêt *Deutsche Post & Vedat Deniz*, la CJUE ayant réfuté l'objection que l'extension des rabais aux intermédiaires pourrait avoir pour effet de mettre en péril la stabilité financière de l'opérateur, en considérant que si les rabais devaient être excessifs par rapport aux coûts évités, il serait loisible à ce prestataire de diminuer les rabais.

Il semble peu douteux que la pertinence de ce motif perdrait de son poids au cas où les rabais n'ont pas trait à des coûts évités, mais sont de nature purement quantitative, sans rapport avec les aspects opérationnels du service universel, dans le but d'encourager les expéditeurs d'augmenter le nombre d'envois.

71. S'il devait être admis que les rabais purement quantitatifs tombent sous le coup de l'article 12 cinquième tiret, il resterait la question de savoir si le principe de non-discrimination est violé si ces rabais ne sont pas octroyés sur le volume des envois agrégés par l'intermédiaire, mais en fonction des volumes que les expéditeurs individuels lui ont confiés ('per sender').

L'interprétation fournie par la CJUE pourrait en effet être comprise en ce sens que, lorsque les entreprises regroupant, à titre professionnel et en leur propre nom, les envois postaux de plusieurs expéditeurs obtiennent le bénéfice des tarifs spéciaux que le prestataire national du service postal universel accorde, dans le domaine de sa licence exclusive, à des clients professionnels, ces intermédiaires sont traités sur pied d'égalité avec ces derniers dès lors qu'ils obtiennent les mêmes rabais que leurs clients.

En effet, dans ce cas, les intermédiaires sont rémunérés pour leurs prestations 'qualitatives' et sont traités sur pied d'égalité avec les expéditeurs dont ils agrègent les envois. En ce qui concerne les rabais 'quantitatifs', ils obtiennent autant que ce que leurs clients auraient perçu comme rabais.

72. S'il devait être admis que les rabais quantitatifs ne tombent pas sous le coup de l'article 12, cinquième tiret (article 144 §1, 5° de la loi du 21 mars 1991) en sorte que l'absence de leur octroi aux intermédiaires ne constitue pas automatiquement une infraction auxdits prescrits de non-discrimination, il resterait toujours à vérifier s'ils ne violent pas le principe de non-discrimination général de l'article 12, quatrième tiret.

Du point de vue des règles de concurrence, le principe de non-discrimination ne serait pas en cause lorsqu'une tarification différente est justifiée en raison d'un facteur de marché objectif et que son application ne nuit pas au développement de ce marché, notamment en raison d'un effet d'exclusion ou inducteur de fidélité.

Il semble que dans une perspective régulatrice, cette approche ne devrait pas être différente en ce sens que la régulation des services postaux ne devrait pas être assise sur une application plus stricte de la norme de non-discrimination.

73. En effet, le considérant (59). de la directive postale 2008/6/CE énonce que cette directive "*est sans préjudice de l'application des règles du traité en matière de concurrence et de libre prestation de services. Dans la mesure où des mécanismes de financement du service universel impliqueraient, sous quelque forme que ce soit, une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité, la présente directive est sans préjudice de l'obligation qui incombe aux États membres de respecter les règles du traité relatives aux aides d'état.*"

Sous le point 2.9 de sa Communication du 6 février 1998 (98/C 39/02) la Commission européenne abordait la situation des opérateurs postaux en position dominante sur la base des règles ordinaires en matière de concurrence et indiquait sous le point 3.3 que « (...) *les entreprises dominantes sont également autorisées à concurrencer les autres entreprises par les prix ou à accroître leur situation de trésorerie et à ne pouvoir couvrir que partiellement leurs coûts fixes (indirects), sauf s'il s'agit de prix d'éviction ou allant à l'encontre des règles nationales ou communautaires concernées* »

D'autre part l'article 22.2 de ladite directive stipule que *"les autorités réglementaires nationales ont en particulier pour tâche d'assurer le respect des obligations découlant de la présente directive, notamment en établissant des procédures de suivi et des procédures réglementaires afin de garantir la prestation du service universel"* et ajoute: *"Elles peuvent également être chargées d'assurer le respect des règles de concurrence dans le secteur postal."*

Il semble peu plausible qu'une autorité réglementaire nationale, qui par hypothèse se serait vu confier le soin du respect des règles de concurrence adopte des positions différentes sur l'application du critère de non-discrimination selon qu'elle exerce la compétence régulatrice ou celle d'assurer les règles de concurrence.

74. S'agissant de l'application du principe de non-discrimination, il ne peut être exclu qu'une analyse des marchés pertinents mène à la conclusion que la position d'un acteur agrégeant les envois des expéditeurs est objectivement différente de celle des expéditeurs proprement dits.

A cet égard il pourrait par exemple être considéré significatif qu'un rejet du critère de différenciation tarifaire puisse avoir pour effet que le rabais doive, à la limite, bénéficier à tout acteur agrégeant des envois et ainsi être voué à la disparition en raison de son effet déstabilisateur sur l'équilibre financier du prestataire du service universel, qui de ce fait serait amené à recourir à une hausse de ses tarifs de base.

En effet, théoriquement, l'agrégation pourrait amener le prestataire à devoir accorder aux intermédiaires le rabais maximal pour tous les envois de l'ensemble des expéditeurs.

75. Dans un avis circonstancié du Conseil de la Concurrence français (Avis n° 07-A-17 du 20 décembre 2007 sur le dispositif de remises commerciales de La Poste), il est rappelé que des remises quantitatives associées à des conventions de courrier ne sont pas anti-concurrentielles en soi et que l'importance des critères de différenciation des acheteurs des prestations est prépondérante, par rapport à l'existence de la différenciation en soi.

Le prestataire du service universel réservé n'est pas pour autant exclu de la faculté de concurrencer les autres entreprises sur le marché par les prix et d'améliorer sa situation de trésorerie, à condition qu'il ne s'agit pas de prix d'éviction ou allant à l'encontre des règles nationales ou communautaires (Communication de la Commission du 6 février 1998 sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'état relatives aux services postaux 98/C 39/02, points 2.9 et 3.3).

76. Le système de remises commerciales de bpost propose un menu de tarifs différents suivant la quantité achetée, la grille de remises quantitatives étant conçue pour stimuler la demande des grands émetteurs.

Dans ledit avis du Conseil de la Concurrence français, il est exposé que, pour qu'une tarification discriminante soit efficace, l'arbitrage entre les différents tarifs et partant, la revente des biens entre consommateurs ne doivent pas être possible.

Si les intermédiaires étaient admissibles aux remises quantitatives en ce sens qu'ils pourraient accumuler les quantités d'envois en agrégeant ceux des expéditeurs individuels pour atteindre la tranche de rabais maximum, ils mettraient à néant l'hétérogénéité de ceux-ci sur laquelle se fonde la tarification discriminante.

Par conséquent, autoriser un tel arbitrage de la part des intermédiaires empêcherait toute possibilité pour bpost de différencier en prix.

77. À la lumière de l'interdiction générale de pratiques abusives, celles-ci pouvant consister aux termes de l'article 102, alinéa 2 c) du TFUE à « *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* », il y a lieu de relever en l'occurrence les éléments suivants.

La directive 2002/39/CE du 10 juin 2002 fait elle-même une distinction entre expéditeur (défini à l'article 2.16) et intermédiaire (mentionné à l'article 12, cinquième tiret) et la Communication du 6 février 1998 le fait également sous le point 1 (définitions).

Le cadre réglementaire établit ainsi une différence entre les intermédiaires et les expéditeurs, seuls ces derniers étant demandeurs de courrier.

Les caractéristiques des intermédiaires et des expéditeurs sont donc différentes dans la mesure où ceux-là n'ont pas de demande de courrier propre.

78. Le Conseil de la Concurrence français décidait (décision n° 05-D-63 du 17 novembre 2005) qu'il existe trois marchés distincts reposant sur l'expression de demandes différentes et sur les particularités des prestations offertes: (i) le marché de la sous-traitance de la préparation d'objets postaux pour le compte du prestataire du service universel, (ii) le marché de la préparation du courrier publicitaire pour le compte d'expéditeurs-annonceurs et (iii) le marché de la préparation du courrier de gestion pour le compte d'expéditeurs-annonceurs.

Si un marché de routage pour le compte d'expéditeurs (demande émanant d'entreprises émettrices de courrier, -caractérisées par leur taille et situation géographique- et une offre constituée de routeurs intermédiaires) peut être identifié en Belgique, il s'en suivrait que ces intermédiaires diffèrent des émetteurs de courrier quant à la demande.

Partant, ils ne se trouveraient pas dans une situation équivalente, ce qui permettrait à bpost de traiter différemment les intermédiaires en ce qui concerne l'accès aux rabais quantitatifs, sans violer le principe de non-discrimination, du moins dans la mesure où les trois types de conventions offertes par bpost ne produisent pas elles-mêmes un effet d'exclusion ou inducteur de fidélité.

79. Par ailleurs, bpost indique que le système de rabais quantitatifs 'per sender' est appliqué dans 12 pays de l'Union européenne (Autriche, Allemagne, Chypre, Danemark, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Tchéquie, Suède) qui n'ont sur ce point pas été inquiétés par la Commission européenne en dépit des observations exprimées par le directeur général 'marché intérieur et services' de la Commission européenne dans une lettre du 18 juillet 2011 à l'intention de l'IBPT.

Ledit état de fait n'est en effet pas abordé dans cette lettre qui se borne à affirmer que 'les tarifs spéciaux' doivent être compris en ce sens qu'il s'agit de tarifs qui diffèrent des tarifs courants en vigueur en ce qu'ils accordent des rabais de volume ou opérationnels et que l'arrêt en cause Deutsche Post & Vedat Deniz n'a pas fait de distinction entre ces deux types de rabais.

80. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la cour estime qu'il y a lieu de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du TFUE et de lui soumettre les questions formulées ci-après.

d) Sur l'obligation de la transparence de l'offre de bpost et la violation de l'article 12, cinquième tiret de la Directive Postale et des articles 144bis et 144ter de la loi du 21 mars 1991.

81. Les reproches faits à bpost du chef de violation du principe de transparence ont trait aux obligations mentionnées aux trois premiers alinéas sous le §1 de l'article 144bis, lu en combinaison avec l'obligation de transparence imposée par l'article 144ter, 5° relativement aux tarifs spéciaux, tels qu'ils transposent le principe de transparence imposé par l'article 12, quatrième et cinquième tirets de la Directive Postale.

Ils concernent uniquement le respect de cette obligation dans la mise en œuvre des tarifs conventionnels dans les rapports avec les clients de bpost pour l'année 2010.

82. La Directive Postale indique sous le considérant 14 du préambule de la directive 1997/67/CE que 'les utilisateurs du service universel doivent être informés de manière adéquate sur la gamme des services proposés, leurs conditions de prestation et d'utilisation, la qualité des services fournis ainsi que leurs tarifs'.

L'article 6 de ladite directive définit les tâches des Etats-membres afin de réaliser ce principe dans les termes suivants :

« Les États membres prennent des mesures pour que le ou les prestataires du service universel fournissent régulièrement aux utilisateurs des informations suffisamment précises et actualisées sur les caractéristiques du service universel offert, en particulier pour ce qui est des conditions générales d'accès à ce service, des prix et du niveau des normes de qualité. Ces informations sont publiées de façon appropriée.

Les États membres communiquent à la Commission, dans un délai de douze mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente directive, les modalités selon lesquelles les informations à publier en application du premier alinéa sont fournies. Toute modification ultérieure doit être communiquée à la Commission dans les meilleurs délais."

Dans sa Communication du 6 février 1998 sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'état relatives aux services postaux (98/C 39/02), la Commission européenne indique notamment sous le point 8 (vii), consacré à la discrimination en matière d'accès au réseau postal, que les opérateurs doivent fournir le service postal universel en donnant un accès non discriminatoire aux clients ou aux intermédiaires et que les conditions d'accès, y compris - le cas échéant - les contrats, devraient être transparentes, publiées dans les formes appropriées et proposées sur une base non discriminatoire.

83. Les prescrits nationaux qui transposent ces dispositions, et ont été, à ce titre, communiqués à la Commission européenne, imposent notamment les obligations suivantes (article 144bis, §1 de la loi du 21 mars 1991) :

(i) "Le prestataire du service universel fournit aux utilisateurs des informations précises, actualisées et complètes sur les produits et services faisant partie du service universel".

(ii) "Des informations concernant l'accès au service, le tarif, le niveau de qualité, les règles de la responsabilité et la procédure de réclamation doivent pouvoir être formulées oralement."

(iii) "Les caractéristiques d'un produit doivent pouvoir être énumérées."

84. Sous le point 77. de la décision attaquée, l'IBPT fournit des précisions sur le comportement qu'il attendait de bpost à la lumière de son obligation de transparence. Il faisait état de ces éléments pour la première fois dans sa Communication de griefs du 19 mai 2011 adressée à bpost (n° 38 - p. 59).

Il indique qu'afin de se conformer à ses obligations, bpost doit, en ce qui concerne les services faisant partie du service universel qui bénéficient de tarifs spéciaux, notamment :

(i) publier sur son site internet des informations suffisamment précises, actualisées et complètes sur la structure générale, les caractéristiques techniques, les conditions de fourniture (classe, volume, poids, dimension, etc) des tarifs spéciaux, en ce compris et les adaptations envisagées à moyen terme, et en informer l'IBPT;

(ii) publier sur son site internet toute modification des offres de services existantes et les informations relatives à toute nouvelle offre avant leur entrée en vigueur et en informer l'IBPT;

(iii) préalablement à chaque modification des tarifs conventionnels, communiquer à l'IBPT les éléments permettant d'apprécier la compatibilité de des modifications avec les contraintes réglementaires applicables; le faire suffisamment tôt pour que l'IBPT puisse exercer un contrôle approprié avant que bpost les notifie aux tiers concernés;

(iv) avant l'entrée en vigueur de toute modification apportée aux conditions de fourniture des services à tarifs conventionnels, notifier l'information appropriée aux tiers concernés et le faire suffisamment tôt pour que ces derniers puissent tenir compte dans leur budget ou leur structure de coûts; le cas échéant, faire précéder cette notification d'une présentation ciblée sur le profil de consommation du client conventionnel concerné;

(v) le cas échéant, adapter les contrats avant l'entrée en vigueur des modifications apportées à ces derniers, et les communiquer à l'IBPT.

85. bpost rétorque en substance que la décision attaquée apprécie erronément des faits concrets et précis qui, selon elle, étayent, au contraire, sa propre thèse.

Elle expose d'abord qu'une communication intégrale à tous les clients et une publication sur le site internet de bpost des informations qui reflètent son entière politique tarifaire – qui sont, par nature, confidentielles – ne sont pas requises par les articles 144*bis* et 144*ter* §1^{er}, 5^o de la loi du 21 mars 1991 et dépassent de loin la portée des obligations de transparence qui découlent de ces dispositions.

Elle relève par exemple qu'une telle obligation n'est pas imposée aux opérateurs dans le secteur des télécommunications.

À son estime, elle remplit son obligation de transparence lorsque les utilisateurs concernés reçoivent des informations précises, actualisées et complètes sur les produits et services faisant partie du service universel, leur permettant d'orienter leur demande en fonction de leur situation individuelle en tenant compte de la nature et de l'ampleur de leurs activités.

Elle ne manque pas de souligner à cet égard que si l'IBPT dispose effectivement de la compétence de sanctionner le respect de la loi, il ne dispose cependant pas pour autant du pouvoir d'imposer des obligations supplémentaires non prévues par la loi, et que par ailleurs bpost n'a jamais été mise en demeure pour avoir enfreint les obligations querellées.

86. Il ressort de la décision attaquée que les comportements incriminés à charge de la demanderesse concernent six aspects particuliers d'application du principe de transparence dans le cas de tarifs conventionnels. Cela ressort également de son point 77. qui énonce les comportements attendus de bpost et reprend en réalité en premier lieu la disposition de l'article 144*bis* §1, premier alinéa.

Quand bien même la directive postale et l'article 144bis n'énoncent pas de manière claire et précise les critères auxquels les tarifs conventionnels du prestataire du service universel doivent répondre à la lumière de la protection de l'utilisateur, il n'en reste pas moins qu'il a été conféré à l'instance nationale régulatrice indépendante des pouvoirs de décisions et de sanctions.

Dès lors, il doit être admis qu'en vertu de l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut de l'IBPT interprété à la lumière de l'article 22 de la Directive Postale qui stipule que cette autorité indépendante a en particulier pour tâche d'assurer le respect des obligations découlant de ladite directive, l'IBPT est habilité à indiquer la portée concrète d'une obligation dans un cas concret.

87. L'IBPT reconnaît lui-même que les obligations de transparence prévues par la loi sont claires dans leur principe mais que les implications concrètes de ces obligations sur la conduite journalière des activités commerciales de bpost peuvent apparaître, dans une certaine mesure, insuffisamment détaillées. Il ajoute que la pratique décisionnelle de l'IBPT concernant l'application pratique de ces dispositions est 'limitée' (n° 89 de la décision).

Il s'ensuit qu'à défaut desdits détails, les normes générales disponibles ne permettraient pas à bpost d'orienter efficacement l'exécution de ses devoirs de transparence en matière de tarifs conventionnels.

88. Or, bpost prétend, sans être contredite sur ce point par l'IBPT, n'avoir jamais reçu de la part de l'IBPT d'indications claires et non équivoques sur le contenu de l'obligation de transparence qui découle des articles 144bis et 144ter §1^{er}, 5° de la loi du 21 mars 1991, recevant comme seule indication le fait qu'elle devrait prendre des initiatives pour augmenter la transparence de son offre de services, sans précision toutefois quant aux mesures qui seraient nécessaires pour répondre à l'obligation de transparence.

Ce n'est que par la Communication des griefs du 19 mai 2011 que l'IBPT a, pour la première fois, énuméré le comportement concret attendu de bpost (n° 38 de cette Communication).

Un avis de l'IBPT publié dès 2005 ne contenait que des règles générales concernant la transparence des tarifs conventionnels, faisant état de publication 'dans les formes appropriées' et 'équivalente à celle des tarifs préférentiels'.

Il se conçoit difficilement de reprocher au prestataire du service universel de manquer à une obligation qui peut être sujette à discussion lorsqu'il n'a pas été informé de la portée concrète que l'autorité régulatrice y a réservée.

89. Cet environnement partiellement lacunaire n'a pourtant pas empêché bpost d'adopter un nombre de mesures de transparence spécifiques quant à ces tarifs spéciaux.

Elle cite la présence sur son site internet, dès 2007, d'un fichier pdf comprenant 12 pages, dans lequel figurent également un ensemble de tarifs, ainsi que de ristournes opérationnelles, mais qui n'étaient pas exhaustifs.

Ce document comprend notamment aussi des conditions générales et des définitions des concepts utilisés.

Des présentations individuelles aux intermédiaires, plusieurs mois avant l'entrée en vigueur du nouveau modèle tarifaire, ainsi que des présentations individuelles pour les expéditeurs en nombre aux mois d'octobre et novembre 2009 pour des tarifs entrant en vigueur en février 2010, ont également été assurées.

bpost fait également état de communications fréquentes vers la « BDMA » (l'Association Belge du Marketing Direct) et « l'UBA » (l'Union Belge des Annonceurs) qui représentent le secteur et relayent à leur tour l'information vers leurs membres.

90. Dans ces circonstances, il doit être admis que les éléments d'informations sur les tarifs communiqués par bpost aux utilisateurs désireux de contracter avec elle étaient suffisamment précis et étoffés pour permettre à ces clients d'entamer d'abord une discussion efficace et de s'engager ensuite en étant correctement informé et en connaissance de cause.

91. Il s'ensuit que les manquements mis à charge de bpost relativement aux tarifs conventionnels pour l'année 2010 du chef de manquements à l'obligation de transparence ne sont pas établis.

Le quatrième moyen de bpost est fondé.

92. Eu égard à la décision énoncée sous le numéro 80. de poser des questions préjudicielles à la CJUE, le cours de la procédure est suspendu.

Les autres points soulevés par bpost seront traités après réception de l'arrêt de la CJUE.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Statuant contradictoirement,

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

Reçoit le recours,

Surseoit à statuer plus avant,

Saisit la Cour de Justice de l'Union européenne et lui soumet les questions suivantes:

1) l'article 12, cinquième tiret de la directive 1997/67/CE, telle que modifiée par les directives 2002/39/CE et 2008/06/CE, doit-il être interprété en ce sens qu'il impose une obligation de non-discrimination, notamment dans les relations entre le prestataire du service universel et les intermédiaires, en ce qui concerne les rabais opérationnels octroyés par ce prestataire, les rabais exclusivement quantitatifs restant soumis à l'application de l'article 12, quatrième tiret ?

2) si la réponse à la première question est positive, le rabais exclusivement quantitatif répond-il à l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 12, quatrième tiret, lorsque la différenciation de prix qu'il instaure est basée sur un facteur objectif eu égard au marché géographique et de services pertinent et qu'elle n'opère pas un effet d'exclusion ou d'induction de fidélité ?

3) si la réponse à la première question est négative, le rabais quantitatif octroyé à l'intermédiaire viole-t-il le principe de non-discrimination prévu par l'article 12, cinquième tiret, lorsque sa taille n'égale pas le rabais qui est octroyé à un expéditeur qui dépose un nombre d'envois équivalent, mais à l'ensemble des rabais qui sont octroyés à l'ensemble des expéditeurs sur la base du nombre d'envois de chacun de ces expéditeurs dont il a agrégé les envois ?

Dit que le cours de la procédure est suspendu jusqu'au jour où l'arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne sera notifié à la cour d'appel.

Réserve toute autre décision.

* * * * *

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la 18^{ième} chambre de la Cour d'appel de Bruxelles le 12 juin 2013,

Où étaient présents :

- Mr Paul BLONDEEL,
- Mr Koenraad MOENS
- Mr Eric BODSON,
- Mme Darie VAN IMPE,

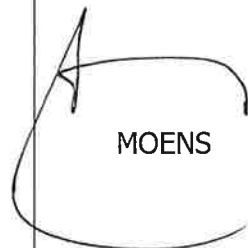
président de chambre,
conseiller
conseiller,
greffier.



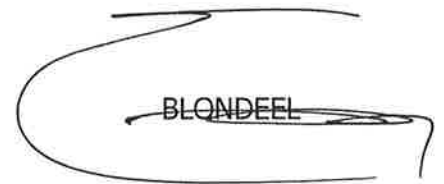
VAN IMPE



BODSON



MOENS



BLONDEEL