

**La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,
18 CHAMBRE,**

N°:

1026

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N°. 2008/AR/3162

N°Rép.: 2009/5443

EN CAUSE DE :

La S.A. de droit public BELGACOM, dont le siège social est à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite à la banque carrefour des entreprise sous le n° 0453.918.428 ;
partie demanderesse ;

représentée par Me. Nicole CAHEN, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Loxum 25;

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT), organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1020 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ;
partie défenderesse ;

représentée par Me. Sebastien DEPREE et Me. François VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

 **Chambre 18**

Audience du

20 -07- 2009

Arrêt déf

ET EN PRÉSENCE DE :

LA S.A. BASE, dont le siège social est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le n^o 0462.925.669 ;

Partie intervenante, représentée par Me Y. DESMEDT, avocat à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165 ;

Vu les pièces de la procédure et notamment :

- La décision du conseil de l'IBPT du 25 novembre 2008 concernant la renonciation à la reconduction tacite des autorisations pour l'établissement et l'exploitation des deux réseaux de mobilophonie GSM (Mobistar et Proximus) et le réseau de l'opérateur DCS 1800 (Base) ;
- Le recours en annulation formé par Belgacom Mobile, par requête déposée au greffe de la cour le 18 décembre 2008 ;
- La requête en intervention volontaire de la société anonyme Base, déposée au greffe de la cour le 19 mai 2009 ;
- Les conclusions des parties.

I. OBJET DU LITIGE ET DEMANDES FORMÉES DEVANT LA COUR

Le litige a pour objet la **décision du conseil de l'IBPT du 25 novembre 2008** « *concernant la renonciation à la reconduction tacite et l'exploitation des deux réseaux de mobilophonie GSM (Mobistar et Proximus) et le réseau de l'opérateur DCS1800 (Base)* », par laquelle l'Institut « *décide (...) de renoncer à la reconduction tacite pour les autorisations pour l'établissement et l'exploitation des deux réseaux de mobilophonie GSM ainsi que pour l'autorisation relative à l'établissement et l'exploitation des réseaux de mobilophonie DCS 180* ».

La société anonyme Belgacom Mobile en demande l'annulation pure et simple. La société anonyme Base, intervenante volontaire, demande, à titre principal, de déclarer le recours de Belgacom Mobile partiellement fondé et à titre subsidiaire, de mettre à néant la Décision litigieuse en ce qu'elle renonce à la reconduction tacite de l'autorisation DCS 1800 de Base.

Belgacom Mobile excipe de l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de Base et à tout le moins, demande à la cour de ne pas y avoir égard conformément à l'article 814 du Code judiciaire.

L'IBPT conclut à l'absence d'intérêt et de fondement du recours formé par Belgacom Mobile.

II. RAPPEL SUCCINCT DES FAITS

1. Belgacom Mobile a pour objet social, notamment, de vendre des services de mobilophonie. Créé en 1994, il reprend les activités de mobilophonie de Belgacom qu'il exploite sous le nom commercial Proximus sur la bande de fréquences des 900 MHz¹. Cet opérateur bénéficie alors d'une position monopolistique et son exploitation est régie par un contrat de gestion conclu avec l'Etat belge.

2. La loi du 12 décembre 1994 « modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques » met fin à cette situation monopolistique, en permettant au Conseil des Ministres d'accorder à d'autres opérateurs des autorisations individuelles pour la fourniture du service de téléphonie mobile sur la bande de fréquence 900 MHz, selon une procédure qui sera déterminée par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

¹ Unité exprimant la fréquence d'une onde radioélectrique et égale à un million de Hertz ou de périodes par seconde.

Tel est l'objet de l'arrêté royal du 7 mars 1995 « relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM », entré en vigueur le 8 avril 1995, (dont il sera plus amplement question dans la suite de l'arrêt).

Ainsi, le 28 novembre 1995, le Conseil des Ministres accorde une autorisation à la société anonyme Mobistar tandis que le 2 juillet 1996, Belgacom Mobile reçoit du Ministre de l'Economie et des Télécommunications, l'autorisation d'établir et d'exploiter un réseau de mobilophonie en Belgique pour les canaux 900 MHz qu'il utilisait déjà par l'effet du contrat de gestion précité.

C'est ainsi que naissent le réseau GSM 1, qui comprend les canaux attribués à Belgacom Mobile, et le réseau GSM 2, qui comprend ceux attribués à Mobistar. Ils appartiennent tous les deux à la deuxième génération de téléphonie mobile, connue sous l'abréviation « 2G », et permettent la transmission de la voix et des données numériques de faible volume qui requièrent une vitesse de débit limitée, par exemple des messages textes (SMS) ou des messages multi-medias (MMS).

En contrepartie de ces autorisations, ces deux opérateurs payent chacun un droit unique de concession de 9 milliards d'anciens francs belges et en outre, des redevances annuelles à l'IBPT pour l'utilisation des fréquences.

3. Un arrêté royal intervient le 24 octobre 1997 pour permettre l'établissement et l'exploitation de réseau de mobilophonie DCS-1800. Il s'agit alors de préparer l'entrée d'un troisième, voire d'un quatrième, opérateur sur le marché belge, en lui attribuant des bandes 1800 MHz. Le 2 juillet 1998, KPN Orange, devenu Base, obtient une autorisation sur ces bandes.

Plus tard, Belgacom Mobile et Mobistar sont autorisés à établir et exploiter un réseau de mobilophonie DCS-1800 tandis que Base obtient des canaux 900 MHz. En effet, le réseau 1800 MHz réduisait la portée de ses stations, il impliquait l'installation d'un nombre plus important de sites d'antenne, il provoquait une moins bonne pénétration pour la couverture « indoor » à

l'intérieur des bâtiments et enfin, il rendait le déploiement d'un réseau GSM particulièrement malaisé, ainsi que le constata l'IBPT dans sa décision du 4 juillet 2003 « relative à l'attribution de fréquences radioélectriques aux opérateurs de téléphonie mobile GSM ».

4. Aux côtés de la génération 2G, apparaît ensuite progressivement la génération 3G qui permet d'obtenir un plus haut débit de transmission sur des bandes de fréquences entre 1885-2025MHz et 2110-2200 MHz.

Le 18 janvier 2001, un arrêté royal fixe le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de la troisième génération ; les trois opérateurs font acte de candidature. Sur décision du Conseil des Ministres du 9 mars 2001, un arrêté royal du 13 mars 2001 accorde à chacun d'eux l'autorisation d'exploiter ces systèmes, en contrepartie d'un droit de concession unique de 150 millions d'euro.

En 2007, un arrêté royal est adopté pour permettre le déploiement de la technologie UMTS², qui relève de ces systèmes de troisième génération, sur les bandes fréquences 900 MHz.

5. Selon l'article 3, §2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 précité, l'autorisation accordée à Belgacom Mobile et Mobistar pour le réseau 2G est valable pour une période de quinze années à partir de la date de sa délivrance.

« A l'issue de cette première période, l'autorisation peut être renouvelée par tacite reconduction pour des termes successifs de cinq ans.

Le Ministre et l'opérateur peuvent renoncer à la reconduction tacite, moyennant préavis de deux ans signifié par lettre recommandée à la poste. La décision de ne pas reconduire l'autorisation prend en considération notamment les conditions dans lesquelles l'opérateur a satisfait aux conditions de son autorisation et du cahier des charges ainsi que l'évolution générale du secteur des services mobiles ».

² Universal Mobile Telecommunications System

6. La Décision litigieuse est l'exercice par l'IBPT de cette faculté de renonciation à la reconduction tacite pour les autorisations accordées à Belgacom Mobile et Mobistar sur le réseau 900 MHz et à Base sur le réseau 1800 MHz. Elle est attaquée par les trois opérateurs de téléphonie mobile par des recours distincts qui ne sont pas joints.

III. RECEVABILITE DU RECOURS

7. Selon les motifs exprimés dans la Décision, « *la renonciation à la reconduction tacite des autorisations 2G constitue une simple intervention juridique dans le but de traiter les opérateurs sur un pied d'égalité et ne concerne pas un retrait de l'autorisation en guise de sanction pour le non-respect d'une condition d'autorisation* ».

8. En conclusions, l'IBPT précise que les licences en cause sont affectées d'une première durée déterminée de quinze années et ne sont donc pas accordées pour une durée indéterminée, comme le soutient Belgacom Mobile. Il ajoute que la renonciation à la tacite reconduction de ces licences n'est pas une décision par laquelle il y met fin, anticipativement, - mais une décision qui évite leur prolongation pour une nouvelle durée déterminée -, et que la tacite reconduction ne constitue pas un droit dans le chef de l'opérateur. Pour ces motifs, l'IBPT conteste l'intérêt à agir dans le chef de Belgacom Mobile.

9. Il ne peut, en effet, être considéré que les licences litigieuses seraient octroyées pour une durée indéterminée, au motif qu'elles peuvent faire l'objet d'un nombre indéterminé de tacites reconductions pour cinq années. La comparaison que BELGACOM MOBILE préconise avec les conventions entre personnes de droit privé n'est pas pertinente, car les autorisations litigieuses ne sont pas des conventions mais des actes administratifs unilatéraux, soumis aux règles et principes de droit administratif.

Par ailleurs, l'article 3, § 3 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 ne confère pas aux opérateurs le droit certain d'obtenir le renouvellement tacite de leurs autorisations, mais uniquement un droit purement éventuel de l'obtenir, puisqu'il est permis à l'autorité compétente d'y renoncer.

Cependant, cette autorité doit respecter certaines conditions de forme et de fond pour renoncer à la tacite reconduction, à défaut desquelles la tacite reconduction opère automatiquement par l'effet de l'article 3, § 2 susdit. Il s'ensuit que la requérante a intérêt à contester le non-respect éventuel de ces conditions.

La recevabilité du recours de Belgacom Mobile n'est donc pas contestable.

IV. RECEVABILITE DE L'INTERVENTION VOLONTAIRE DE BASE

10. Par requête déposée au greffe de la cour le 28 mai 2009, Base intervient volontairement pour que le recours de Belgacom Mobile soit déclaré fondé en ce qui concerne son premier moyen, à l'exclusion toutefois du grief articulé par Belgacom Mobile sous le point 19 de ses conclusions, entièrement fondé en ce qui concerne ses deuxième et troisième moyens et non fondé pour le surplus. Base demande encore qu'en cas d'annulation de la décision litigieuse, celle-ci soit également mise à néant en ce qu'elle renonce à la reconduction tacite de l'autorisation DCS 1800 de Base.

11. Belgacom Mobile conteste la recevabilité de cette intervention volontaire car, selon cet opérateur, elle retarderait le jugement de la cause principale et Base ne justifierait pas de l'intérêt légitime requis. En réponse, Base expose que Belgacom Mobile serait seul responsable des lenteurs de la procédure, par son refus de communiquer volontairement sa requête et ses pièces. Quant à son intérêt, Base estime être directement concerné, au sens de l'article 4.1. de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil

du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») , parce que (i) la décision est un acte unique pour les trois opérateurs, (ii) Base est un concurrent de Belgacom Mobile, (iii) certains des moyens de Belgacom Mobile sont susceptibles de léser les intérêts de Base et enfin, (iv) une situation discriminatoire et injustifiée résulterait, selon Base, de l'annulation de la décision pour Belgacom Mobile si la décision litigieuse était maintenue pour Base.

12. L'intervention volontaire n'a pas retardé l'issue de la procédure principale. Belgacom Mobile a pu faire valoir ses moyens et plaider sa cause conformément au calendrier initialement convenu. Le moyen tiré de la violation de l'article 814 du Code judiciaire n'est manifestement pas fondé.

13. Selon l'article 3 de la loi du 17 janvier 2003 « *concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges* », le Code judiciaire est d'application pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel.

14. L'article 4, § 1 de la directive « cadre » 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 - qui oblige les Etats membres à permettre à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques et qui est « affecté (e) » par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées – profite non seulement à l'opérateur directement concerné par une décision du régulateur national mais également à ceux dont les droits sont potentiellement affectés par cette décision, même s'ils n'en sont pas les destinataires et s'ils ne sont pas concernés directement et individuellement par elle (CJCE, 21 février 2008, C-426/05, Rec., 2008, p. I – 685 et Cass, 23 avril 2009, C.06.0296 F/1) .

Base, en sa qualité d'opérateur sur le marché belge et de concurrent de Belgacom Mobile, jouit d'un intérêt suffisant à intervenir dans la présente procédure, soit pour soutenir certains moyens de Belgacom Mobile, soit pour les contester, dès lors que la décision en cause est potentiellement susceptible de modifier ses droits.

15. Par contre, Base ne peut, en invoquant son droit subjectif à ne pas subir un traitement qui serait contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non discrimination, demander l'annulation de la Décision litigieuse à son profit, en soutenant que ce principe serait violé si Belgacom Mobile pouvait obtenir, seul, l'annulation de cette décision.

En effet, l'opérateur, qui intervient volontairement dans le recours en annulation formé par un autre opérateur, ne peut ni invoquer d'autres moyens d'annulation que ceux du requérant, ni former une demande distincte de celle du requérant ou étendre la demande originaire du requérant car il serait, par hypothèse, hors délai et parce que les décisions de l'IBPT sont attaquées par le dépôt d'une requête en annulation au greffe de la cour.

Au surplus, en règle, le principe d'égalité et de non discrimination ne s'oppose pas à ce que des opérateurs qui se trouvent dans des situations objectivement différentes soient traités différemment. Or, (i) chaque autorisation obéit à un régime propre et distinct des autres par sa durée et son objet (ii) la décision d'en éviter la tacite reconduction doit prendre en considération, notamment, la situation particulière de l'opérateur concerné. Une autorisation pourrait donc être tacitement renouvelée sans que les autres ne bénéficient nécessairement de cette faculté.

Pour ces motifs également, les autres opérateurs sont susceptibles d'élever des griefs différents à l'encontre de leur propre refus de tacite reconduction et l'annulation de ce refus pour l'un ne pourra pas nécessairement être prononcée pour les autres.

L'intervention volontaire de Base est donc recevable mais uniquement dans

la mesure où Base intervient pour faire valoir ses moyens en faveur ou à l'encontre des griefs d'annulation articulés par Belgacom Mobile.

V. EXAMENS DES MOYENS D'ANNULATION INVOQUES PAR BELGACOM

V.1. COMPETENCE RATIONAE TEMPORIS

16. L'autorisation délivrée à la requérante par arrêté ministériel du Ministre de l'Economie et des Télécommunications, du 2 juillet 1996 énonce :
« Conformément à l'article 3, §2 de l'A.R., cette autorisation est valable pour une durée initiale de quinze (15) ans (« durée initiale ») à partir du 8 avril 1995. Comme prévu par l'article 3, §2 de l'A.R., à l'issue de cette première période, l'autorisation peut être renouvelée par tacite reconduction pour des termes de cinq ans (souligné par la cour).

Belgacom Mobile considère que son autorisation expire le 7 avril 2010 et qu'il ne pouvait être renoncé à la tacite reconduction que jusqu'au 6 avril 2008 puisque l'article 3 en cause prévoit un délai de préavis de deux ans.

L'IBPT estime pour sa part que l'autorisation a pris cours à la date de sa notification à Belgacom Mobile, soit le 2 juillet 2009, qu'elle prendra fin le 2 juillet 2011 et qu'il pouvait renoncer à la tacite reconduction jusqu'au 2 juillet 2009.

17. Selon l'article 89 de la loi du 21 mars 1991 « portant réforme de certaines entreprises publiques économiques », dans sa rédaction applicable aux faits de la cause et tel que modifié par la loi du 12 décembre 1994³, pour chaque catégorie de service de mobilophonie qu'il détermine, le Roi peut, par arrêté

³ Cette loi a été adoptée afin d'ouvrir le marché de la mobilophonie à d'autres opérateurs que Belgacom. Le service de mobilophonie cessa d'être un service « réservé » pour devenir un « service non réservé mais réglementé » afin que « les particuliers et les entreprises de notre pays ont intérêt à ce que ces nouvelles techniques de mobilophonies (n.d.la cour : à savoir le GSM 900 et DCS-1800) puissent être offertes par la voie d'une ouverture réglementée à la concurrence du marché de la mobilophonie » (Exposé des motifs, p.3).

délibéré en Conseil des Ministres, établir un cahier des charges de service public qui portera sur les points précis énumérés par le § 2bis de cette disposition, à savoir la nature, les caractéristiques et la zone de couverture du service concerné, les conditions minimales de permanence, de qualité et de disponibilité du service, les conditions relatives à la protection des abonnés et des données, les normes et spécifications minimales du réseau et du service à respecter, l'utilisation des fréquences allouées, le plan de numérotage, le montant minimum du droit unique de concession, les redevances périodiques, les conditions d'interconnexion, les conditions d'exploitation commerciale, les sanctions en cas de non-respect des conditions de l'autorisation et enfin, « *la durée, les conditions de cessation et de renouvellement de l'autorisation* ». Pour sa part, le conseil des ministres choisit l'opérateur et accorde l'autorisation d'établir et d'exploiter un réseau, sur la proposition du Ministre précité et après avis de l'IBPT. Il fixe dans chaque autorisation, les conditions d'établissement du réseau ainsi que celles de la fourniture du service concerné. Ces conditions complètent le cahier des charges précité et ne peuvent pas être moins contraignantes que lui.

18. En ce qui concerne Belgacom, l'article 89 susdit prévoit que l'octroi d'une autorisation à un opérateur tiers se fera sans préjudice de l'exploitation, par Belgacom ou l'une de ses filiales, du même service, lorsque son exploitation est déjà en cours à la date à laquelle cette autorisation est accordée (à la condition que Belgacom ou ses filiales respectent le cahier des charges imposé à cet opérateur tiers).

Selon l'Exposé des motifs du projet de cette loi du 12 décembre 1994, l'autorisation préalable requise pour tout nouvel opérateur parut justifiée pour « *tenir compte de la situation du marché et la place qu'y occupe Belgacom, principalement en ce qui concerne ses missions d'intérêt public* » (Doc. Chambre des Représentants, session ordinaire 1993-1994, 1551/1-93/94, p. 3).

En effet, avant l'adoption de l'article 89, §2bis précité, la filiale de Belgacom,

Belgacom Mobile, exploitait déjà un réseau 2G. Cette exploitation se menait alors en concession exclusive, sous le couvert du contrat de gestion, conclu le 19 août 1992 entre l'Etat belge et la R.T.T. (qui devint ensuite Belgacom) conformément à la loi précitée du 21 mars 1991, qui fixait les règles et conditions spéciales selon lesquelles Belgacom devait exercer les missions de services public qui lui étaient confiées par l'article 58 de cette loi, parmi lesquelles figurait alors le service de mobilophonie (article 83, 2^o de la loi).

L'article 89, § 2 *in fine* confie au Ministre des Télécommunications la mission de, sur proposition de l'Institut, fixer les conditions auxquelles chaque cahier des charges s'appliquera au service concerné de mobilophonie déjà exploité par Belgacom ou l'une de ses filiales par l'effet de l'article 89, § 2, dernier alinéa.

En effet, le contrat de gestion n'avait plus vocation à régir cette activité qui n'est plus exclusive dans le chef de Belgacom.

19. C'est en vertu de cette habilitation que le Ministre des Télécommunications – a accordé à BELGACOM MOBILE l'autorisation d'établir et d'exploiter un réseau de mobilophonie GSM, « *aux conditions fixées par l'autorisation annexée au présent arrêté* ».

Or, cette autorisation prévoit en son article 2.4. que « *conformément à l'article 3, §2 de l'A.R. (lire l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie)* cette autorisation est valable pour une durée initiale de quinze (15) ans (durée initiale), à partir du 8 avril 1995. Comme prévu par l'Article 3 § 2 de l'A.R., à l'issue de cette première période, l'autorisation peut être renouvelée par tacite reconduction pour des termes de cinq ans ».

20. Le Ministre des Télécommunications a donc voulu que l'autorisation de Belgacom Mobile prenne cours, non pas le jour de la notification de son arrêté d'autorisation, mais à la date du 8 avril 1995, qui correspond à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 7 mars 1995 précité.

L'IBPT objecte que l'arrêté royal du 7 mars 1995 susdit ne conférait pas au Ministre l'habilitation d'accorder à Belgacom Mobile une autorisation avec effet rétroactif.

Cette affirmation est exacte mais ce n'est pas, non plus, cet arrêté royal qui donna au Ministre le pouvoir d'accorder une autorisation à Belgacom Mobile. Le renvoi, dans l'autorisation litigieuse, à cet arrêté royal n'était pertinent et requis que pour confirmer la durée de l'autorisation, sa tacite reconduction possible et les conditions dans lesquelles il pourrait être renoncé à celle-ci. Comme on vient de le voir, c'est le dernier alinéa de l'article 89, § 2 de la loi du 21 mars 1991 qui a conféré au Ministre des Télécommunications le pouvoir de déterminer les conditions auxquelles chaque cahier des charges s'appliquera au service concerné de mobilophonie déjà exploité par Belgacom ou l'une de ses filiales.

Or, cette habilitation est très large et elle ne fixe d'autre contrainte au Ministre que celle de tenir compte de la nécessité de préserver l'égalité entre Belgacom et ses concurrents. Elle n'interdisait donc pas au Ministre de faire rétroagir l'autorisation individuelle de Belgacom Mobile par l'effet d'un arrêté ministériel à portée individuelle qui, quant à lui, est dépourvu d'effet rétroactif.

La rétroactivité de l'autorisation litigieuse est, en l'espèce, justifiée par le principe constitutionnel d'égalité et de non discrimination qui requérait de soumettre Belgacom Mobile aux mêmes conditions réglementaires que celles prévues pour Mobistar et ce, à la date la plus rapprochée possible de celle à laquelle le contrat de gestion avait cessé d'être applicable, puisque pour Mobistar, elles lui avaient été rendues applicables dès l'octroi de son autorisation.

La durée de 15 ans de l'autorisation de Belgacom Mobile ne pouvait prendre cours avant l'entrée en vigueur de l'arrêté du 7 mars 1995, par exemple lors de l'entrée en vigueur de la loi du 12 décembre 1994 insérant

l'article 89, § 2bis dans la loi du 21 mars 1991, car c'est cet arrêté royal qui fixe, sans rétroactivité, la durée des autorisations et détermine le cahier des charges appelé à se substituer au contrat de gestion. La date retenue par le Ministre n'est donc pas critiquable.

21. La cour relève enfin que, selon l'article 89, § 2 in fine, les conditions de l'autorisation devaient être fixées par le Ministre précité « *sur proposition de l'Institut* ». Elle constate que l'Institut ne soutient, ni qu'il n'aurait pas émis de proposition, ni que ses propositions n'auraient pas été suivies par le Ministre. Il faut donc présumer que l'IBPT était d'accord pour que l'autorisation de Belgacom Mobile rétroagisse à la date du 8 avril 1995.

22. Cette présomption est confortée par l'énonciation, par l'IBPT lui-même, que l'autorisation de Belgacom Mobile prendra fin le 8 avril 2010.

Ainsi, dans sa décision du 4 juillet 2003, il expose en page 2, note infra-paginale 9 « *Dans le cas de Belgacom Mobile, compte tenu que l'exploitation du réseau Proximus avait démarré dès 1994 dans le cadre du contrat de gestion de Belgacom, la date à laquelle prend cours la durée de validité de l'autorisation a été fixée au 8 avril 1995, soit la date de publication au Moniteur belge et d'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 7 mars 1995* ».

Plus tard encore, lorsqu'il décide en 2005 de mener une consultation « concernant la problématique de la prolongation des licences 2G », il annonce que la licence de Proximus expire le 8 avril 2010, celle de Mobistar le 27 novembre 2010 et celle de Base le 2 juillet 2013. Il indique que « *la véritable question est de savoir s'il est faisable ou souhaitable sur les plans politique, social et économique de lancer une procédure de désignation de nouveaux opérateurs* » et il envisage la possibilité de prolonger les licences actuelles, « *soit à partir du 8 avril 2010* », en écourtant les licences actuelles de Mobistar et Base – ce qui suppose leur accord -, soit à partir du 2 juillet 2013, en prolongeant les licences de Proximus et de Mobistar, soit à partir d'une autre date non précisée.

23. Il résulte des motifs qui précèdent que, le 28 novembre 2008, le délai était dépassé pour éviter une première tacite reconduction de l'autorisation de Belgacom Mobile ; cette autorisation GSM 1 sera automatiquement renouvelée pour un terme de cinq ans à partir du 8 avril 2010 jusqu'au 8 avril 2015 et la Décision entreprise n'est pas valable en tant qu'elle prétend renoncer à une tacite reconduction qui est d'ores et déjà acquise par l'effet de l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995.

24. Contrairement à ce que soutient l'IBPT, la Décision n'a pas pour objet de renoncer à toute tacite reconduction, et donc à une deuxième tacite reconduction de l'autorisation de la requérante, à partir du 8 avril 2015.

En effet, il résulte de la Décision, premières phrases que « *les autorisations pour l'établissement et l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM expirent prochainement* » et que « *La consultation (de 2005) a démontré qu'il était nécessaire de ne pas reconduire tacitement les autorisations 2 G existantes mais de les résilier* » ; il s'agissait donc de mettre un terme aux trois autorisations à l'issue du premier terme de quinze ans.

En tout état de cause, à supposer *quod non*, que la Décision ait poursuivi cet objectif, elle n'en demeurerait pas moins illégale. En effet, selon l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 précité, le « Ministre » (voir ci-après à propos de la compétence *rationae personae*) ne peut renoncer à la tacite reconduction que dans les deux ans qui précèdent l'arrivée de son terme, c'est-à-dire, dans le cas de la requérante, au plus tôt le 8 avril 2013. En effet, il convient, en règle, que la renonciation s'appuie sur des motifs pertinents au sens de l'article 3, §2 susdit ; ce préavis de deux ans veille à l'adéquation *in concreto* des motifs invoqués et il est obligatoire, non seulement quant à son point d'arrivée, mais également quant à son point de départ.

Le premier moyen est donc fondé et il justifie l'annulation de la Décision à l'égard de Belgacom Mobile, de sorte que la cour ne poursuit l'examen des autres moyens qu'à titre surabondant.

V.2. COMPETENCE RATIONAE PERSONAE

25. On peut lire dans la Décision que l'article 3, §2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 précité délègue au Ministre des Télécommunications une mission qui excède une simple tâche d'exécution d'ordre secondaire, de sorte que cette « *délégation ne peut plus être harmonisée avec le cadre réglementaire actuel* » et que l'IBPT est compétent, en lieu et place du Ministre des Télécommunications, par l'effet de l'article 13 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et des §§ 2 et 3 de l'article 18 de cette même loi, ayant abrogé implicitement la compétence accordée au Ministre précité par l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995.

26 Belgacom Mobile relève que le Ministre reçoit directement de cette disposition réglementaire le pouvoir de renoncer à la tacite reconduction. Il n'agit donc pas en lieu et place du Roi, par l'effet d'une délégation et Belgacom Mobile conteste que les articles 13 et 18 de la loi du 13 juin 2005 aient abrogé implicitement le pouvoir ainsi conféré au Ministre.

27. L'argument de la délégation invoqué par l'IBPT n'est pas justifié. Le Ministre des Télécommunications puisait la compétence de renoncer à la tacite reconduction, non pas dans une délégation que le Roi lui aurait donnée pour des pouvoirs qu'il aurait lui-même préalablement reçus du législateur, mais dans l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 précité.

En revanche, il est exact que ce pouvoir appartient désormais à l'IBPT. En effet, alors que sous l'empire de l'article 89, § 2bis, 3^{ème} alinéa de la loi du 21 mars 1989, le Conseil des Ministres était compétent pour accorder les autorisations en matière de service de mobilophonie et fixer dans ces autorisations individuelles les conditions d'établissement du réseau et de

fourniture des services, la loi du 17 janvier 2003 confie à l'Institut le pouvoir d'adopter des décisions administratives dans le domaine des réseaux de communications électroniques et les services de communications électroniques, équipement terminal, équipement hertzien. Par ailleurs, par l'effet de la loi du 13 juin 2005 « relative aux communications électroniques » :

- les missions de l'IBPT ont été élargies afin de transposer dans l'ordre juridique interne les directives adoptées en 2002 par le Parlement européen et le Conseil européen dans le domaine des communications électroniques ;

- la fourniture ou la revente en nom propre et pour son propre compte de services ou de réseaux de communications électroniques ne requiert plus l'autorisation du Conseil des Ministres ; une notification à l'IBPT conforme à l'article 9 de la loi suffit ;

- l'IBPT a reçu les missions de :

(i) gérer l'espace de numérotation national, fixer et modifier les plans de numérotation nationaux et accorder et de retirer les droits d'utilisation de numéros en respectant les conditions d'obtention et d'exercice de ces droits fixées par le Roi ou par lui-même dans l'attente de cet arrêté royal (article 11) ;

(ii) autoriser la détention d'un appareil émetteur et/ou récepteur de radiocommunications, l'établissement et fonctionnement d'une station ou d'un réseau de radiocommunications non public (article 39) ;

(iii) octroyer des droits d'utilisation de radiofréquences « *pour un délai déterminé, leur durée est adaptée au service concerné* », dans les conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation de radiofréquences - utilisées entièrement ou partiellement pour des services de communications électroniques offerts au public – qui auront été fixées par le Roi, après l'avis de l'Institut et délibération en Conseil des Ministres (article 18). Pour ces

mêmes droits, l'IBPT a encore reçu la compétence d'en approuver le transfert d'un opérateur à un autre (article 19), celui d'en limiter le nombre si cette mesure est nécessaire pour éviter les brouillages par manque d'espace disponible ou pour garantir une utilisation efficace et rationnelle des radiofréquences, en se conformant à la procédure fixée par le Roi (article 20), celui d'octroyer des droits d'utilisation limités sur la base de critères de sélection objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés (article 21) et enfin celui d'octroyer des droits provisoires (article 22)⁴.

Alors qu'elle confiait ces compétences à l'IBPT, cette loi du 13 juin 2005 a abrogé (notamment) l'article 89 de la loi du 21 mars 1991 susvisé.

28. Il résulte ainsi de l'article 18, §2 de la loi du 13 juin 2005 précitée que, depuis l'entrée en vigueur de cette disposition et donc au moment de l'adoption de la Décision litigieuse, l'IBPT est compétent pour accorder et retirer les droits d'utilisation des fréquences des ondes électromagnétiques se propageant dans l'espace sans guide artificiel et dont la fréquence est inférieure à 3000 GHz et que par l'effet de l'article 13 de la même loi, il jouit d'une compétence générale pour gérer leur spectre.

Cette compétence de gérer le spectre emporte, de l'avis de la cour, celle de renoncer à la prolongation tacite des autorisations accordées aux opérateurs. En effet, cette renonciation – qui n'accorde pas de droits et n'en retire pas non plus (cf. ci-dessus, point 9)- constitue le simple exercice d'une faculté qui fait perdre aux opérateurs le droit purement éventuel d'obtenir la prolongation tacite de leur autorisation. Il s'agit donc d'un acte de gestion qui ne requiert pas l'adoption d'un arrêté royal préalable pour en déterminer les modalités générales d'exercice.

Par ailleurs, l'IBPT pouvait s'appuyer sur l'article 18, § 2 pour renoncer à

⁴ L'article 24 précise que lors de l'octroi de ces droits d'utilisation, l'IBPT doit se conformer aux dispositions qui harmonisent l'utilisation de ces radiofréquences, aux conditions et procédures d'accès qui auront été fixées et aux accords internationaux et aux prescriptions communautaires.

la reconduction tacite, nonobstant l'absence de l'arrêté royal prévu par le §1^{er} de cet article. En effet, selon l'article 18, §1^{er}, 4^o, cet arrêté royal doit fixer *la durée maximale* des autorisations qui seront conférées par l'IBPT, mais non les conditions dans lesquelles une tacite reconduction est susceptible d'intervenir ou celles dans lesquelles il est possible d'y renoncer.

29. En revanche, en l'absence de l'arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres visé par l'article 18, §1^{er}, l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 susdit demeure d'application pour fixer les conditions de forme et de fond dans lesquels l'IBPT peut renoncer à la tacite reconduction. Ainsi qu'il a déjà été dit, le délai n'a pas été respecté pour Belgacom Mobile.

Le deuxième moyen n'est pas fondé.

V.3. PRINCIPE AUDI ET ALTERAM PARTEM

30. Ainsi qu'il a été dit, en 2005, l'IBPT a mené une consultation concernant la problématique de la prolongation des licences 2G. Belgacom Mobile y a répondu par lettre du 15 septembre 2005. Cependant, comme l'indique la requérante, cette consultation n'était accompagnée d'aucun projet de décision destiné à renoncer à la tacite reconduction. Elle ne fut donc pas l'occasion pour cet opérateur de faire valoir son point de vue sur le projet de la Décision attaquée.

C'est le 5 mars 2008 que l'IBPT a communiqué à Belgacom Mobile ce projet de décision, en visant l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 et le délai de 14 jours imparti par cette disposition.

Dans ce projet, il exprime sa décision de renoncer à la tacite reconduction des licences, tout en précisant qu'elle ne mettra pas en danger la continuité des services fournis par les opérateurs, et il la motive par sa volonté d'avoir la possibilité d'actualiser les droits d'utilisation des opérateurs, en concertation avec ces derniers et les utilisateurs. Il annonce à cet effet l'organisation d'une

consultation publique⁵

Par lettre du 6 mars 2008, Belgacom Mobile demande l'accès au dossier administratif de l'IBPT et ne l'obtient pas.

Par lettre du 19 mars suivant, l'opérateur informe l'Institut que son droit d'être entendu n'est pas respecté, puisqu'il n'a pas la possibilité de connaître les circonstances concrètes qui justifieraient la décision en projet, alors que celle-ci « *n'énonce pas clairement la nature et la portée de la mesure envisagée* » et il demande à être entendu oralement. Il ajoute que l'IBPT n'est pas compétent, que l'accord de coopération du 17 novembre 2006 n'est pas respecté, de même que l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 en tant qu'il énonce les cas dans lesquels il peut être renoncé à la tacite reconduction et enfin, il invoque la violation de l'article 14 de la directive « Autorisation » (défaut d'objectivité et de proportionnalité de la décision). Selon Belgacom Mobile, il s'agirait de complaire uniquement à Base dont les prétentions sont abusives (Base).

Le 5 mai 2008, l'opérateur réclame la communication d'une note adressée le 4 avril 2008 par l'IBPT au Ministre des Télécommunications.

L'IBPT a communiqué copie de la consultation publique organisée en 2005 et le résumé des réponses et le 16 avril 2008, il indiquait aux opérateurs qu'il reportait provisoirement le projet de décision en annonçant un examen complémentaire dans un esprit de transparence⁶.

31. La Décision litigieuse diffère sensiblement de celle projetée en mars 2008. En effet, elle précise les raisons pour lesquelles l'IBPT souhaite

⁵

Cette consultation publique eut lieu lorsqu'en mai 2008, l'IBPT soumit au public le projet d'arrêté royal élaboré par le Ministre des Télécommunications en vue de modifier les arrêtés royaux des 7 mars 1995, 24 octobre 1997 et 18 janvier 2001 précités (voir l'exposé des faits) et ce, afin (i) d'assimiler les durées des licences des trois opérateurs 2 G pour qu'elles expirent ensemble le 2 juillet 2013, moyennant une indemnité due à Base, par Belgacom Mobile et Mobistar (en contrepartie de la prolongation de leurs licences) et une redevance de reconduction, (ii) de réorganiser les fréquences existantes dans les bandes 900 MHz, pour que Base obtienne un nombre de canaux « comparable » à celui des deux autres opérateurs et (iii) de préciser que la l'IBPT est compétent pour renoncer à la reconduction tacite, par l'effet de l'article 13 de la loi du 13 juin 2005 (cf. ci-dessus). Belgacom Mobile a répondu de manière circonstanciée le 26 juin suivant.

réaménager les fréquences attribuées dans la bande des 900 MHz (voir infra), tandis que le projet de cette décision de mars 2008 était particulièrement vague et imprécis.

Pour ces motifs, son projet aurait manifestement dû être soumis à la consultation et ce ne fut pas le cas. Le prescrit de l'article 19 de la loi du 17 janvier 2003 n'a donc pas été respecté par l'IBPT, de sorte que ce grief est fondé. En revanche, l'article 14 de la directive « Autorisation » n'était pas d'application en l'espèce, puisque, comme il a été dit, la Décision entreprise a pour objet, non pas de remettre en cause un droit acquis dans le chef des opérateurs, mais de supprimer l'éventualité d'une reconduction tacite.

32. Cependant, la violation de l'article 19 susdit n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation de la Décision entreprise. En effet, la partie requérante peut soumettre à la cour toutes ses contestations, la cour peut ordonner à l'IBPT la production de pièces complémentaires et elle peut décider, à la lumière des contestations qu'elle jugerait pertinentes, que les motifs de la Décision ne sont pas admissibles et annuler la Décision de ce chef. La cour peut donc, malgré le principe de la séparation des pouvoirs qui lui interdit de substituer son appréciation à celle de l'IBPT ou ses motifs à ceux de l'IBPT, vérifier si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, l'IBPT a procédé à une appréciation raisonnable des faits. Si les contestations de la partie requérante sont sérieuses, la cour devra nécessairement considérer que l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le troisième moyen n'est pas fondé, le grief qui le soutient n'étant pas susceptible de mener à l'annulation de la Décision.

V.4. ILLEGALITE QUANT AU FOND

⁶ Cet examen complémentaire n'eut toutefois pas lieu

33. L'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 permet à l'IBPT de renoncer à la tacite reconduction en prenant en considération « notamment » *« les conditions dans lesquelles l'opérateur a satisfait aux conditions de son autorisation et du cahier des charges ainsi que l'évolution générale du secteur des services mobiles »*.

34. Cette disposition laisse à l'IBPT un large pouvoir d'appréciation sur les raisons pour lesquelles il estimerait opportun de renoncer à la tacite reconduction, pour autant qu'il prenne en considération les deux circonstances précitées.

35. Selon les motifs exprimés dans la Décision *« il devient nécessaire dans un avenir proche d'effectuer un réaménagement des fréquences attribuées dans la bande des 900 MHz. Cela s'explique par le fait que pour offrir l'UMTS, les opérateurs doivent disposer de blocs de chaque fois +/- 5 MHz. La répartition des fréquences dans la bande des 900 MHz ne permet pour le moment pas de réaliser complètement cette répartition. Toutefois, dans le courant des prochaines années, le GSM sera de plus en plus remplacé par l'UMTS et l'UMTS sera donc de plus en plus offert sur la bande des 900 MHz. Dans ce cadre, il peut être renvoyé à la proposition de la Commission européenne du 19 novembre 2008 visant à réviser la directive 87/372/CEE ; il y est stipulé que les Etats membres doivent ouvrir les bandes de fréquence 880-915 et 925-950 MHz tant pour les GSM que pour les réseaux UMTS. L'introduction des réseaux 3G dans les bandes 2G exige l'exécution d'un réaménagement des bandes de fréquence en 900 MHz pour permettre l'utilisation d'un nombre maximum de blocs de fréquences pour l'UMTS ; En outre, les Etats membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait pas de distorsion de la concurrence lors de l'exécution de ce réaménagement. En outre, il y a lieu de souligner que si un quatrième opérateur devait faire son apparition sur le marché pour offrir l'UMTS, la question se poserait certainement de la capacité UMTS dans la bande des 900 MHz, ce qui nécessiterait évidemment aussi un réaménagement. De plus, en cas de réaménagement, il est absolument nécessaire que les opérateurs concernés l'effectuent au même moment, et*

qu'à cet effet, les autorisations soient donc adaptées au même moment. Sinon, des dérangements mutuels seront inévitables et cela compliquera sérieusement une coordination des fréquences avec les pays voisins. Il va de soi qu'une renonciation à la reconduction tacite, et donc l'alignement des dates d'expiration divergentes des autorisations, complique très fortement (sans doute faut-il lire « facilite » au lieu de « complique ») un réaménagement potentiel. Enfin, il peut être renvoyé à l'avis de la Commission européenne en matière de réaménagement, et donc concernant une introduction aisée des nouveaux services et opérateurs dans la bande 900 MHz (...) ».

Dans ses conclusions prises devant la cour, l'IBPT explique (i) l'intérêt de permettre l'utilisation des fréquences de la bande 900 Mhz pour l'UMTS « si l'on tient compte de l'obligation faite à tous les opérateurs de services de mobilophonie 3G, issue de l'article 3 de l'arrêté royal du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération, selon laquelle à la fin de la huitième année suivant la notification de l'octroi de leur licence UMTS, ces trois opérateurs devront couvrir 85 % du territoire national », ce qui est plus difficile pour Base tant qu'il ne dispose pas du même nombre de canaux sur cette bande de fréquence (ii) l'intérêt de réorganiser toutes les bandes de fréquence 900 MHz qui « permettrait de répartir les fréquences en 7 blocs de 5 MHz, soit un bloc supplémentaire », alors que jusqu'au 1^{er} janvier 2010, il y aura 5 blocs et à partir du 1er janvier 2010, 6 blocs après la libération des fréquences CT1+, ce qui lui permettra d'optimiser la répartition des bandes dans la zone des 900 MHz « si la nécessité s'en fait ressentir », en particulier pour octroyer une autorisation à un quatrième opérateur.

Belgacom conteste ces appréciations.

36. Ainsi que l'admet l'IBPT, la situation moins favorable de Base est appelée à trouver une solution favorable à la fin de l'année 2009 par la

libération des fréquences CT1+. A cette date, Base passera de 51 à 54 canaux sur la bande 900 MHz.

37. En revanche, dans sa mission générale de gérer les fréquences, l'IBPT pouvait raisonnablement juger nécessaire d'harmoniser la durée des trois licences actuelles pour l'avenir et de ne pas être lié pour une nouvelle durée, sans avoir pu, au préalable, se donner les moyens d'accueillir un quatrième opérateur éventuel, quelques soient le degré de probabilité et le moment, plus ou moins rapproché, de son arrivée, étant rappelé qu'au terme des licences en cours, aucun des opérateurs ne justifiera d'un droit acquis au maintien de la situation existante justifiant qu'il puisse s'opposer à la réorganisation voulue par l'IBPT pour optimiser la répartition des bandes dans la zone des 900 MHz si la nécessité s'en fait sentir.

Cette préoccupation n'est pas neuve dans le chef de l'IBPT. Ainsi, dans sa note déjà citée du 4 juillet 2003 (voir l'exposé des faits), l'IBPT reconnaît certes *« un manque flagrant d'intérêt en 1998 pour la troisième licence GSM belge, confirmé par le déroulement de la procédure de vente aux enchères de licences pour les systèmes de communications mobiles de troisième génération UMTS en 2001, ainsi d'ailleurs que la profonde dépression persistante du secteur (international) des télécommunications »* au point que les autorités publiques en sont amenées à *« ne plus prendre actuellement en considération la possibilité d'introduire éventuellement en Belgique un quatrième opérateur de réseau GSM »* et rappelle que, lors de l'élaboration en 1997 de l'arrêté royal relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800, la répartition des fréquences avait été organisée de manière à rendre éventuellement possible l'introduction ultérieure d'un quatrième opérateur GSM en Belgique, mais il annonce que *« d'un point de vue réglementaire, le scénario probablement idéal en vue de favoriser la concurrence dans ce domaine consisterait à répartir équitablement entre ces trois opérateurs tant les fréquences à 900 MHz d'une part que les fréquences à 1800 Mhz d'autre part. Cependant, une telle approche se heurterait à divers obstacles de nature technique,*

économique et juridique. L'Institut est par conséquent d'avis qu'un tel réaménagement des bandes de fréquences GSM ne saurait raisonnablement être envisagé qu'à moyen terme, soit à l'approche des échéances de validité des autorisations actuelles, soit dans le contexte d'un éventuel « refarming » des bandes GSM pour la mise en œuvre des systèmes de troisième génération UMTS. De tels scénarios sont d'ailleurs examinés par les organisations internationales compétentes (CEPT et UIT⁷) et il conviendra évidemment que, le moment venu, l'Institut s'aligne, en tant qu'ARN en Belgique, sur les décisions internationales pertinentes en la matière. De toute manière, les conditions d'utilisation des bandes de fréquences réservées au système GSM sont appelées à évoluer profondément dans les prochaines années avec l'introduction progressive de nouveaux services de télécommunications mobiles (...) »(souligné dans le texte).

De même, après la consultation menée en 2005 sur l'opportunité de renoncer ou non à la tacite reconduction des licences des trois opérateurs, l'IBPT indiquait certes au Ministre que « *Même si l'éventualité d'un quatrième opérateur mobile est très faible, nous disposons toujours de spectre 2G et 3G pour le permettre* », mais il précisait aussi que cet opérateur ne pourrait disposer de spectre que dans la bande DCS-1800 et dans la bande 3G, compte tenu de la répartition complète des spectres dans la bande GSM 900 déjà réalisée entre les trois premiers opérateurs et constatait très clairement les inconvénients d'une licence cantonnée sur le réseau 1800 MHz avec les distorsions de concurrence qui en résulteraient pour le 4^{ème} opérateur (auxquelles Base fut d'ailleurs confronté en qualité de troisième opérateur, voir ci-dessus).

Au surplus, le dossier produit par l'IBPT atteste de l'intérêt de plusieurs opérateurs pour l'obtention d'une 4^{ème} licence de mobilophonie. Il démontre également que, lors de l'élaboration du budget 2009, le gouvernement a décidé d'examiner la mise sur le marché de la 4^{ème} licence UMTS à condition

⁷ Conférence européenne des administrations des Postes et Télécommunications et Union Internationale des Télécommunications

de donner accès à 5 MHz en 900 MHz au nouvel entrant (voir la note du Ministre au Conseil des Ministres du 25 mars 2009). Les 6 blocs de 5MHz potentiels sont donc nécessairement insuffisants pour l'arrivée d'un quatrième opérateur et pour réaliser les conditions d'une concurrence adéquate sur le marché dans une telle hypothèse.

38. L'IBPT pouvait également se référer à la proposition de directive du 19 novembre 2008 de la Commission européenne- qui prévoit que les Etats membres doivent ouvrir les bandes de fréquences 880-915 et 925-960 MHz - tant pour les GSM que pour les réseaux UMTS -, alors même que cette proposition n'a pas d'effet obligatoire. En effet, de la sorte, l'IBPT préserve légitimement les moyens de son action sans conférer à cette proposition un effet obligatoire qu'elle n'a effectivement pas. Par contre, Belgacom Mobile semble, quant à lui, vouloir lui réserver un tel effet lorsqu'il en invoque le considérant n° 5 pour rappeler que, s'ils concluent à la présence de distorsion de concurrence, les Etats membres devront examiner s'il est objectivement justifié et proportionné de modifier les droits d'utilisation octroyés à certains opérateurs sur la bande de fréquences de 900 MHz pour corriger ces distorsions.

39. Ainsi que l'y invitait l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 7 mars 1995, l'IBPT a pris en compte, dans sa Décision, les conditions dans lesquelles l'opérateur a satisfait aux conditions de son exploitation et manifestement, il les a jugées satisfaisantes puisqu'il estime qu'une décision dans le cadre de laquelle il est renoncé à une reconduction tacite des autorisations 2G « *ne peut être justifiée comme raisonnable et proportionnelle que lorsqu'il est garanti aux opérateurs qu'ils disposeront encore d'une autorisation dans un futur proche* ».

Il constate que « *Cette garantie ne peut cependant être offerte qu'en adaptant le cadre réglementaire, ce qui dépasse la compétence de l'Institut. Entre-temps, cette garantie existe sous la forme d'une décision du Conseil des Ministres du 24 novembre 2008* ». Belgacom Mobile rappelle toutefois

que cette décision ne suffit pas et doit être concrétisée par un arrêté royal, ce qui est exact.

Cependant, il résulte de la note du Ministre Van Quickenborne du 25 mars 2009 approuvée par le Conseil des Ministres du 27 mars 2009 – qui tient compte des remarques émises par le Conseil d'Etat sur la première rédaction du projet - que le gouvernement a approuvé en deuxième lecture un projet d'arrêté royal qui prolongera les licences actuelles jusqu'en 2030, moyennant le paiement de droits de concession uniques, et précisera les conditions d'entrée d'un nouvel opérateur. Selon cette note, la publication de l'arrêté royal a été suspendue à la demande des opérateurs pour organiser une consultation publique et le gouvernement a demandé au Ministre pour l'Entreprise et la Simplification administrative de prendre les mesures nécessaires pour que l'arrêté royal soit publié au plus tard le 30 mai 2009 ou, s'il convient de le modifier à la suite de la consultation publique, au plus tard le 30 juillet 2009.

Il est donc clair que le gouvernement partage les préoccupations de l'IBPT et qu'il met tout en œuvre pour les rencontrer.

Le quatrième moyen n'est pas fondé.

V.5. VIOLATION DE L'OBLIGATION DE CONSULTATION

40. Il reste à examiner si, comme il le soutient Belgacom Mobile, l'IBPT s'est conformé à l'obligation de coopération qui résulte pour lui de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone « *relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration de la législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision* ».

41. L'IBPT admet l'application de cet accord et dit avoir communiqué son projet de décision, le 24 novembre 2008 seulement, dans la plus grande précipitation, en invitant les autres régulateurs à lui faire part de leur réponse, pour le lendemain à 15h00. L'IBPT justifie cette précipitation par le fait qu'il devait renoncer à la tacite reconduction sans plus attendre pour Mobistar et pour les deux autres opérateurs également - afin d'éviter que Mobistar ne « crie » à la discrimination - et qu'il a dû attendre l'engagement du Conseil des Ministres de prolonger les licences jusqu'en 2013, garantie qu'il n'a obtenue que le 24 novembre 2008.

Par ailleurs, l'IBPT considère avoir reçu l'accord des trois régulateurs communautaires.

42. Telle n'est cependant pas la portée de la réponse du régulateur de la Région flamande qui répondit n'avoir pas eu la possibilité d'examiner le projet de décision vu la brièveté du délai imparti.

Contrairement à ce que soutient l'IBPT, ce régulateur n'a pas accepté la brièveté du temps de réaction qui lui était laissé et il n'a pas accepté le projet. Ces acceptations – que sa réponse écrite n'exprime nullement - ne peuvent être déduites du fait que ce régulateur n'a pas saisi la Conférence des Régulateurs, en vertu de l'article 3 de l'Accord de coopération. Un accord implicite ne peut être déduit avec suffisamment de certitude de cette absence de recours, dès lors que celle-ci peut recevoir une autre explication et s'expliquer précisément, en l'espèce, par l'absence de temps pour réagir et empêcher l'adoption de la Décision.

Par ailleurs, l'IBPT ne justifie pas adéquatement sa précipitation. En effet, il lui était parfaitement loisible de communiquer, à temps et à heure, son projet de Décision en informant les autres régulateurs qu'il était dans l'attente

d'assurances de la part du gouvernement et qu'il n'adopterait sa décision que s'il les obtenait.

L'Accord de coopération répond à des contraintes qui résultent des règles répartitrices de compétence qui sont d'ordre public car elles règlent le fonctionnement de l'Etat fédéral belge. Il incombe à l'IBPT de ne pas les méconnaître et de ne pas porter atteinte aux compétences des régulateurs communautaires. Une telle atteinte existe lorsque l'IBPT méconnaît, sauf cause de justification inexistante en l'espèce, les règles de consultation fixées par l'Accord de coopération et place les régulateurs ou l'un d'eux dans l'impossibilité d'émettre un avis suffisamment éclairé sur ses projets de décisions.

Le cinquième moyen est fondé.

Par ces motifs,

La cour,

statuant contradictoirement,

Eu égard aux dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire

Reçoit le recours en annulation.

Reçoit l'intervention volontaire de Base uniquement dans la mesure où elle intervient pour faire valoir ses moyens en faveur ou à l'encontre des griefs de Belgacom.

Dit fondés les premier et cinquième moyens invoqués par la partie requérante et annule la Décision entreprise en ce qu'elle décide de renoncer à l'autorisation pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de mobilophonie GSM par Proximus et condamne l'IBPT aux dépens, liquidés pour la partie requérante à l'indemnité de procédure de 1.200 € et aux frais de

dépôt de sa requête, soit 186 €.

Cet arrêt a été rendu par la 18^e chambre civile de la Cour d'appel de Bruxelles, composée de

Monsieur P. BLONDEEL,
Madame M. SALMON,
Monsieur E. BODSON,

président,
conseiller,
conseiller,

qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.

Il a été prononcé par P. Blondeel, président de la chambre, assisté de D. Van Impe, greffier, le 20-07-2009



VAN IMPE



BODSON



SALMON



BLONDEEL