

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2004/AR/174

R. n°: 2005/ 8260

N°: A111

Arrêt interlocutoire
Rdd fixée au

27-1-06
Sh (2L)

EN CAUSE DE :

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

Requérante,

✓ Représentée par Maîtres Nicole Cahen et Pierre-Olivier De Broux, avocats à 1060 Bruxelles, rue Henri Wafelaerts, 47-51,

CONTRE :

✓ **L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS**, en abrégé IBPT, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14,

Partie adverse,

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

EN PRESENCE DE :

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

Partie intervenante,

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

Plaideur : Maître S. Champagne.

09 -12- 2005

I. La décision faisant l'objet du recours

1. Belgacom est un opérateur de réseau téléphonique public fixe qui a été désigné comme opérateur puissant, notamment sur le marché de la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes, aux termes de l'annexe I, première partie, de la directive 97/33/CE.

Par lettre du 15 septembre 2003, Belgacom a communiqué à l'IBPT, conformément à l'obligation qui pèse sur elle aux termes du règlement (CE) n° 2887/2000 et de l'article 108 bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, sa proposition d'offre de référence pour le dégroupage de l'accès à sa boucle locale pour l'année civile 2004 (Offre BRUO 2004), en indiquant qu'elle ferait parvenir ultérieurement à l'Institut une note pour justifier les nouveaux tarifs.

L'IBPT a soumis cette offre à une consultation du marché.

Mobistar a transmis ses observations à l'Institut.

Un échange de courriers a eu lieu entre l'IBPT et Belgacom.

Le 15 décembre 2003, l'IBPT a publié son projet de décision en invitant les opérateurs habilités à fournir des services de télécommunication, à réagir avant le 19 décembre 2003, 14H00.

Mobistar fait partie des opérateurs ayant communiqué leurs observations sur le projet de décision.

Belgacom a communiqué ses observations par écrit le 19 décembre 2003.

2. La décision attaquée du 23 décembre 2003 impose à Belgacom de modifier son offre de référence BRUO 2004 sur une série de points.

II. Antécédents de la procédure

3. En date du 22 janvier 2004, la SA Belgacom a introduit un recours contre la décision du Conseil de l'IBPT du 23

09 -12- 2005

décembre 2003 relative à l'offre de référence de Belgacom pour l'accès dégroupé à la boucle locale, version « Bruo » 2004.

Par ce recours, Belgacom poursuit la mise à néant de la décision dans sa totalité.

A titre subsidiaire, Belgacom invite la cour à annuler la décision sur une série de points qu'elle énumère.

Elle invite en outre la cour à « confirmer » l'offre de référence BRUO du 15 septembre 2003, à tout le moins à la confirmer sur tous les points à l'encontre desquels l'IBPT a formulé des objections.

4. Les délais pour conclure ont été fixés comme suit, le 26 février 2004, par la première chambre bis de la cour :

- Belgacom : 24 mai 2004 et 15 septembre 2004
- IBPT : 9 avril 2004 et 29 septembre 2004

Ce calendrier a été respecté et l'affaire a été fixée pour plaidoiries à l'audience du 20 mai 2005.

5. Le 26 octobre 2004, Mobistar a déposé une requête en intervention volontaire, aux fins d'entendre déclarer le recours de Belgacom non fondé.

A l'appui de sa requête, Mobistar fait valoir que les tarifs proposés par Belgacom dans son projet d'offre de référence BRUO 2004 ne sont pas justifiés et, aux fins d'illustration, compare le tarif pour la location de la paire de cuivre avec un tarif de détail (*retail*) que Belgacom propose à ses propres clients, utilisateurs finals.

Elle critique encore l'offre de référence BRUO 2004 de Belgacom sous l'angle particulier du niveau de qualité des services (SLA) en ce qu'il est fait une distinction entre les notions de « câble trouble » et de « connexion trouble » pour déterminer l'intervention de Belgacom.

Elle signale dans sa requête qu'elle se réserve le droit « d'étayer sa demande » et de faire valoir tout fait, argument ou moyen ultérieurement.

6. A la suite de la demande en intervention de Mobistar, Belgacom a déposé de nouvelles conclusions le 29 mars

09 -12- 2005

2005 pour en contester la recevabilité et justifier son refus de communiquer son dossier à Mobistar. Ces conclusions ont été communiquées à Mobistar.

Le 18 avril 2005, l'IBPT a conclu à la recevabilité de l'intervention volontaire. Il a communiqué ses conclusions à Mobistar.

7. Mobistar a déposé des conclusions le 10 mai 2005 aux termes desquelles elle conclut une nouvelle fois que les moyens formulés par Belgacom à l'encontre de la décision de l'IBPT du 23 décembre 2003 sont non fondés.

Elle demande en outre à la cour de constater l'illégalité de la décision de l'IBPT du 23 décembre 2003 en ce qui concerne :

- la détermination des tarifs pour les services *Raw Copper Type I* et *Raw Copper Type 2* ;
- la détermination des tarifs non récurrents.

Elle postule l'annulation de cette décision sur ces points.

Mobistar demande également à la cour d'ordonner à Belgacom de lui communiquer une copie des pièces de son dossier dûment inventorié et de fixer un calendrier d'échange de conclusions afin de lui permettre de conclure après avoir pris connaissance du dossier de Belgacom.

8. Par lettre du 12 mai 2005 de son conseil, adressée à la cour, Mobistar s'est plainte de n'avoir reçu communication ni des conclusions déposées par Belgacom et par l'IBPT sur le recours principal ni de leurs dossiers. Aux dires de Mobistar, l'affaire qui était fixée à l'audience du 20 mai 2005 pour plaidoiries n'était pas en état en ce qui concerne son intervention et la contestation relative à l'accès aux pièces de la procédure et aux dossiers des parties devait être vidée avant la contestation relative à la recevabilité de son intervention.

Belgacom et l'IBPT se sont opposés à toute remise de l'affaire en faisant valoir qu'il y avait lieu de traiter les recours séparément (lettres des 13 et 18 mai 2005).

L'IBPT a conclu, le 27 mai 2005, à l'irrecevabilité de l'intervention agressive de Mobistar en soulevant, pour unique moyen, le dépassement du délai de recours en se référant au délai d'appel.

09 -12- 2005

Les parties ont chacune déposé des conclusions de synthèse sur la recevabilité de l'intervention de Mobistar, auxquelles Mobistar a eu l'occasion de répondre.

Belgacom conclut qu'il plaise à la cour :

- déclarer l'intervention volontaire de Mobistar irrecevable ;
- dire pour droit que Belgacom ne doit pas communiquer son dossier à Mobistar
- dire pour droit que le dossier de pièces de Belgacom ne peut être communiqué à Mobistar.

III. Résumé des moyens présentés à l'encontre de la décision attaquée

Moyens présentés par Belgacom

9. A l'appui de son recours, Belgacom présente plusieurs moyens.

Belgacom fait valoir que l'IBPT était, au jour de la décision attaquée, sans pouvoir pour imposer des modifications à l'offre de référence dès lors que celle-ci est intervenue après l'expiration du délai fixé par l'article 108 bis, § 1^{er} de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

L'IBPT aurait adopté la décision sans avoir donné à Belgacom l'occasion de formuler utilement des observations.

Belgacom estime, quant au fond, que la décision attaquée repose sur un préjugé défavorable qui consiste à considérer comme acquise la volonté de Belgacom de faire obstacle à l'activité concurrente des bénéficiaires de l'accès.

Elle reproche à l'IBPT d'avoir imposé des modifications dont l'effet serait de favoriser ces derniers au détriment de Belgacom, sans justification au regard de l'objectif de son intervention.

Elle fait valoir que l'IBPT a mis sans fondement à charge de Belgacom une obligation de motiver son offre de référence

09 -12- 2005

en lui imposant de modifier l'offre de référence lorsque Belgacom n'indiquait pas les raisons pour lesquelles elle s'écartait des offres de référence précédentes.

En faisant injonction à Belgacom de supprimer dans son offre de référence, les clauses qui lient l'exercice du droit à l'accès à une utilisation effective de la ligne par l'utilisateur final, client du bénéficiaire de l'accès, l'IBPT aurait étendu l'obligation qui pèse sur Belgacom de fournir l'accès.

L'IBPT aurait commis des excès de pouvoir, notamment en étendant son contrôle aux modalités de fourniture des lignes louées.

Les règles de tarification imposées par l'IBPT seraient incompatibles avec le droit de Belgacom de retirer des services qu'elle fournit une rémunération raisonnable.

Les règles relatives à la responsabilité de Belgacom et aux pénalités en cas de manquements, imposées par l'IBPT, instaureraient des mécanismes qui dérogent sans fondement aux règles du droit commun en matière de responsabilité.

L'IBPT aurait imposé à Belgacom des obligations excessives en ce qui concerne les modalités de gestion des demandes d'accès, les modalités d'exécution des migrations, l'usage de certaines technologies et les facilités de paiement des prix non récurrents.

L'IBPT aurait méconnu le droit de Belgacom de prendre toutes les mesures nécessaires à la préservation de l'intégrité de son réseau et à la coexistence de services concurrents, en imposant à Belgacom l'obligation de recueillir l'autorisation préalable de l'IBPT avant de prendre une quelconque mesure.

09 -12- 2005

Moyens présentés par Mobistar

10. Il résulte des conclusions déposées par Mobistar le 10 mai 2005, que Mobistar poursuit l'annulation de la décision de l'IBPT du 23 décembre 2003 sur d'autres points que ceux qui font l'objet du recours principal de Belgacom.

Elle reproche à l'IBPT de n'avoir pas correctement vérifié le respect par Belgacom de l'obligation d'orientation des tarifs sur les coûts en ce qui concerne les services consistant dans la mise à la disposition d'un opérateur alternatif d'une paire

de cuivre permettant la fourniture à ses clients :

- de services de téléphonie voix (*Raw Copper Type 1*)
- de services de téléphonie voix et de services d'accès à Internet à haut débit (*Raw Copper Type 2*)

Selon Mobistar, dès lors que les tarifs BRUO « tels qu'arrêtés par l'IBPT dans la décision litigieuse pour les services *Raw Copper Types 1 et 2* » sont beaucoup plus élevés que les tarifs que Belgacom offre à ses clients au détail suivant l'offre Discovery Line d'avril 2004, il serait démontré que ces tarifs ne sont pas orientés sur les coûts.

La méthode *retail minus* retenue par l'IBPT pour évaluer le niveau des tarifs *Raw Copper Types 1 et 2* proposés par Belgacom, serait inadéquate faute d'avoir vérifié si les prix de détail pratiqués par Belgacom au niveau de ses clients finals pour les services voix, qui auraient constitué la base de la vérification des tarifs *wholesale*, étaient eux-mêmes orientés sur les coûts.

La décision litigieuse aurait en outre autorisé Belgacom à facturer des frais non récurrents, sans avoir fourni sur ce point la moindre justification.

Mobistar fait par ailleurs valoir que la décision litigieuse ne satisfait ni à l'exigence de motivation formelle prévue par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ni à l'obligation de transparence prévue par le Règlement n° 2887/2000. Elle observe à cet égard que plusieurs données chiffrées sont reprises dans la décision sans aucune indication sur leur origine, leur niveau ou leur fiabilité.

09 -12- 2005

Mobistar soutient encore que la décision litigieuse viole l'article 3 du Règlement n° 2887/2000 en ce qu'elle ne permet pas à un opérateur alternatif qui souhaite offrir à un client qui n'est pas client de Belgacom pour le service voix, le service Internet à large bande, d'obtenir le dégroupage en vue d'offrir ce seul service.

Enfin, selon Mobistar, la décision litigieuse de l'IBPT approuverait une offre de référence dont l'objet ou l'effet serait de faire obstacle à la concurrence que livrent les opérateurs alternatifs à Belgacom alors que l'IBPT a pour mission de veiller à ce que la concurrence ne soit ni faussée, ni entravée dans le secteur des communications électroniques.

La décision attaquée autoriserait Belgacom à appliquer des conditions non discriminatoires alors que Belgacom a l'obligation de fournir l'accès dégroupé à des conditions non discriminatoires.

IV. Le cadre réglementaire

Le règlement (CE) n°2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale

11. Les articles 3 et 4 de ce règlement énoncent:

Article 3

Fourniture d'un accès dégroupé

1. Les opérateurs notifiés publient à partir du 31 décembre 2000 et tiennent à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à leur boucle locale et aux ressources connexes, qui inclut au minimum les éléments énumérés dans l'annexe. L'offre est suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources du réseau qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services et contient une description des éléments de l'offre et des modalités, conditions et tarifs qui y sont associés.

2. À partir du 31 décembre 2000, les opérateurs notifiés accèdent à toute demande raisonnable des bénéficiaires visant à obtenir un accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires. Les demandes ne peuvent être rejetées que sur la base de critères objectifs afférents à la faisabilité technique ou à la nécessité de préserver l'intégrité du réseau. Si l'accès est refusé, la partie lésée peut soumettre le cas aux procédures de règlement des litiges visées à l'article 4, paragraphe 5. Les opérateurs notifiés fournissent aux bénéficiaires des ressources équivalentes à celles qu'ils fournissent à leurs propres services ou à des entreprises qui leur sont associées, dans les mêmes conditions et délais.

3. Sans préjudice de l'article 4, paragraphe 4, les opérateurs notifiés orientent les tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes en fonction des coûts.

09 -12- 2005

*Article 4***Surveillance par l'autorité réglementaire nationale**

1. L'autorité réglementaire nationale veille à ce que la tarification de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable.

2. L'autorité réglementaire nationale est habilitée:

a) à imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes, y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées et

b) à demander aux opérateurs notifiés de lui fournir des informations pertinentes pour la mise en oeuvre du présent règlement.

3. L'autorité réglementaire nationale peut intervenir, lorsque cela se justifie, de sa propre initiative pour assurer la non-discrimination, une concurrence équitable ainsi que l'efficacité économique et le plus grand bénéfice pour les utilisateurs.

4. Lorsque l'autorité réglementaire nationale constate que le marché de l'accès local fait l'objet d'une concurrence suffisante, elle lève l'obligation faite aux opérateurs notifiés, à l'article 3, paragraphe 3, d'établir les prix en fonction des coûts.

5. Les litiges entre entreprises relatifs à des questions relevant du présent règlement font l'objet des procédures nationales de règlement des litiges établies conformément à la directive 97/33/CE et sont traitées avec célérité, équité et transparence.

09 -12- 2005

L'article 1^{er}, paragraphe 4, de ce règlement énonce :

Le présent règlement s'applique sans préjudice du droit des États membres de maintenir ou d'introduire, dans le respect du droit communautaire, des mesures qui contiennent des dispositions plus détaillées que celles qui figurent dans le présent règlement et/ou qui ne relèvent pas du champ d'application de ce dernier, notamment en ce qui concerne d'autres types d'accès aux infrastructures locales.

L'annexe du règlement contient la liste minimale des éléments qui doivent figurer dans l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale.

12. Les considérants 10, 11 et 13 du règlement 2887/2000 sont libellés comme suit :

(10) Bien que la négociation commerciale soit la méthode préférée pour parvenir à un accord sur les aspects techniques et tarifaires de l'accès à la boucle locale, l'expérience montre que, dans la plupart des cas, une intervention réglementaire s'avère nécessaire en raison du déséquilibre existant entre le pouvoir de négociation du nouvel arrivant et celui de l'opérateur notifié et de l'absence de solutions de rechange. Dans certaines circonstances, les autorités réglementaires nationales peuvent, conformément à la législation communautaire, intervenir de leur propre initiative pour assurer une concurrence équitable ainsi que l'efficacité économique et des avantages maximaux pour les utilisateurs finals. En cas de non-respect des délais par l'opérateur notifié, le bénéficiaire devrait recevoir une indemnité. »

(11) En ce qui concerne la boucle locale et les ressources connexes, les règles d'évaluation des coûts et de tarification devraient être transparentes, non discriminatoires et objectives, de manière à garantir l'équité. Les règles de tarification devraient permettre au fournisseur de la boucle locale de couvrir les coûts y afférents tout en retirant de l'opération une rémunération raisonnable afin d'assurer le développement à long terme et la modernisation de l'infrastructure locale d'accès. Les règles de tarification applicables à la boucle locale devraient promouvoir une concurrence loyale et durable en tenant compte de la nécessité d'investir dans de nouvelles infrastructures et permettre d'éviter toute distorsion de la concurrence et, notamment, tout amenuisement des marges entre les prix de gros et de détail des services de l'opérateur notifié. A cet égard, il est jugé important que les autorités de la concurrence soient consultées.

(12) Les opérateurs notifiés devraient fournir aux tiers des informations et un accès dégroupé en leur garantissant des conditions et une qualité identiques à celles qu'ils appliquent pour leurs propres services ou pour les entreprises qui leur sont associées. A cette fin, la publication par les opérateurs notifiés d'une offre de référence adéquate pour le dégroupage de l'accès à la boucle locale, dans un délai assez bref, de préférence sur l'Internet, et sous le contrôle des autorités réglementaires nationales, contribuerait à l'établissement de conditions de marché transparentes et non discriminatoires.

09 -12- 2005

La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques

13. Aux termes de l'article 106, paragraphe 1^{er}, de la loi, « les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne (...): 5° l'accès dégroupé à la boucle locale ».

L'article 108 bis de cette loi, inséré par la loi du 2 janvier 2001, est libellé comme suit :

§ 1er. Chaque opérateur notifié communique à l'Institut, au plus tard le 15 septembre de chaque année, une offre de référence concernant l'accès dégroupé à la boucle locale. Avant le 15 novembre, l'Institut communique ses remarques et les éventuelles modifications qui doivent être apportées à cette offre. L'opérateur notifié dispose d'un délai d'un mois pour effectuer les modifications et publier l'offre de référence.

§ 2. Les opérateurs concernés disposent d'un délai de quatre mois à partir de la date de la demande d'accès dégroupé à la boucle locale pour conclure un accord en la matière. Ce délai ne peut être prolongé que conformément à l'article 79ter, § 2.

§ 3. L'Institut prend toutes les mesures nécessaires pour assurer une concurrence réelle sur le marché de l'accès dégroupé à la boucle locale.

L'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications

09 -12- 2005

14. Avant l'adoption du règlement n° 2887/2000, une sous-section 5 a été insérée dans l'arrêté royal du 22 juin 1998 par l'arrêté royal du 12 décembre 2000 entré en vigueur le 29 décembre 2000, intitulée « **Dégroupage de l'accès à la boucle locale** » qui contient les dispositions suivantes :

Article 6ter.

Tout opérateur notifié satisfait aux conditions relatives au dégroupage de l'accès à la boucle locale imposées par les règlements européens en la matière.

Article 6quater

Toute information et spécification, que l'opérateur notifié

met à disposition en vue de permettre la conclusion d'un accord de dégroupage de l'accès à la boucle locale, contient également les modifications qu'il prévoit d'y apporter dans les six mois suivants.

Les parties garantissent la confidentialité des informations mentionnées à l'alinéa précédent. Ces informations sont uniquement utilisées aux fins pour lesquelles elles ont été fournies et ne sont pas transmises à d'autres sections, filiales ou partenaires pour qui elles pourraient constituer un avantage concurrentiel.

Article 6quinquies

Les tarifs concernant le dégroupage de l'accès à la boucle locale tiennent compte des coûts du réseau existant et des coûts effectués pour permettre le dégroupage.

Article 6sexies

§1er. L'Institut communique, pour le 28 février 2001 au plus tard, ses remarques au sujet de l'offre de référence que l'opérateur notifié publie le 31 décembre 2000 au plus tard, ainsi que, le cas échéant, les modifications qui doivent y être apportées.

L'Institut peut effectuer une consultation publique au sujet de cette offre de référence parmi les parties concernées.

§ 2. La partie qui souhaite le dégroupage de l'accès à la boucle locale peut donner suite à l'offre de référence dès que celle-ci est publiée.

§ 3. L'offre de référence est valable pour l'année civile qui suit l'année de la publication. Si l'opérateur notifié souhaite apporter des modifications à cette offre pendant l'année civile en cours, il demande préalablement l'accord de l'Institut.

09 -12- 2005

La loi du 17 janvier 2003

15. La loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges énonce en son article 2 que les décisions de l'IBPT peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé.

L'article 3 de cette loi dispose, sans autres précisions, que pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant

la cour, le Code judiciaire est d'application.

16. Aux termes de l'article 4 de cette loi, le Conseil de la concurrence statue sur les litiges entre opérateurs de télécommunications ou fournisseurs de services de télécommunication relatifs à l'accès dégroupé à la boucle locale.

V. Sur la recevabilité du recours de Belgacom

17. Belgacom est destinataire de la décision attaquée et elle est, à ce titre, fondée à former un recours à l'encontre de celle-ci en application de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours.

L'IBPT ne conteste plus la recevabilité du recours. Il renonce à invoquer l'exception tirée de l'absence de production par Belgacom de la décision d'introduire un recours et l'exception tirée du défaut d'urgence.

Le caractère décisionnel de l'acte attaqué n'est pas contesté. En effet, Belgacom n'est pas seulement invitée à modifier l'offre de référence BRUO sur certains points. Elle y est contrainte et le non respect par Belgacom de cette décision peut donner lieu à l'ouverture d'une procédure en infraction en application de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur.

09 -12- 2005

VI. Sur la recevabilité de l'intervention de Mobistar

- A. Sur le droit de Mobistar d'avoir accès aux pièces pour justifier de son intérêt à intervenir dans la procédure

18. Un recours en annulation contre une décision de l'IBPT n'est recevable que dans la mesure où le requérant a un intérêt à l'annulation de l'acte attaqué.

A cet égard, il y a lieu d'abord de relever que quelle que soit la portée qu'il convient de donner à l'exigence d'un intérêt, point qui sera examiné plus loin, la preuve de l'intérêt incombe à la partie qui s'en prévaut.

Il importe de souligner également que l'intérêt s'apprécie au jour de l'introduction de la demande ou au jour de l'intervention.

En conséquence, c'est à tort que Mobistar prétend qu'elle doit pouvoir avoir accès à l'ensemble des pièces de la procédure et aux documents produits par Belgacom pour être en mesure de rapporter la preuve de son intérêt et de faire valoir ses arguments sur l'exception d'irrecevabilité de son recours.

La preuve de l'intérêt à agir d'une partie ne saurait reposer sur les documents produits par les autres parties dans le cadre de la procédure. Mobistar ne prétend d'ailleurs pas que Belgacom ou l'IBPT détiennent des documents ou des informations qui lui sont nécessaires pour rapporter la preuve de son intérêt.

19. Mobistar invoque à tort l'article 736 du Code judiciaire pour obtenir communication de l'ensemble des pièces. Cette disposition ne saurait trouver à s'appliquer en l'espèce.

En effet, Belgacom a un intérêt légitime à s'opposer à la divulgation d'informations couvertes par le traitement confidentiel que l'IBPT a recueillies en vertu de ses pouvoirs d'instruction et dont il a fait usage pour rendre la décision attaquée. La communication de tels documents à un concurrent peut en effet entraîner dans le chef de Belgacom des effets irréversibles et un préjudice extrêmement grave, nonobstant l'interdiction qui pèserait sur Mobistar de ne pas les utiliser à d'autres fins que celles de la procédure devant la cour.

L'IBPT a également un intérêt manifeste à ce que les informations relatives aux opérateurs qui sont couvertes par le secret des affaires, lequel n'est pas opposable à l'Institut en raison de ses pouvoirs d'investigation, ne soient pas communiquées dans le cadre de la procédure de recours.

A cet égard, il convient d'abord de rappeler que l'article 23 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges fait obligation aux membres du Conseil de l'IBPT de ne pas divulguer les informations en leur possession qui sont couvertes par le secret professionnel. La même disposition fait obligation à l'IBPT de veiller à préserver la confidentialité des données fournies par les entreprises et qui sont considérées par l'entreprise comme des informations

09 -12- 2005

d'entreprise ou de fabrication confidentielles au sens de l'article 6, § 1^{er}, 7^o, de la loi du 11 avril 1994.

Par ailleurs, lorsque ces informations contiennent des secrets d'affaires, le principe général de la protection à la vie privée s'oppose à ce que l'IBPT puisse, au cours de la procédure administrative de contrôle de l'offre de référence, les communiquer à des tiers

(Comp. CJCE, arrêt du 24 juin 1986, 53/85, AKZO c/ Commission, Rec., 1986, page 01965, point 28).

Cette règle ne saurait être atténuée par la circonstance que leur communication faciliterait l'exercice par l'IBPT de ses pouvoirs de contrôle ou écartée au motif que Mobistar est partie à la présente procédure.

La possibilité que l'article 6sexies de l'arrêté royal du 22 juin 1998 donne à l'IBPT de consulter les entreprises concernées par l'offre de référence soumise à son contrôle, ne lui donne en aucun cas la possibilité de communiquer à ceux-ci des informations couvertes par le secret des affaires, quand bien même l'Institut pourrait estimer que cette communication rendrait plus efficace l'exercice de la possibilité qui leur est donnée de faire valoir leur point de vue sur les conditions de l'offre.

20. Mobistar invoque également en vain l'article 3 de la loi du 17 janvier 2003 qui dispose que pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles, le Code judiciaire est d'application, pour exiger en application de l'article 736 de ce code la communication des pièces que Belgacom a choisi de produire dans le cadre de son recours et des pièces auxquelles l'Institut a eu égard pour rendre sa décision.

En effet, l'article 2 du même code précise que les règles qu'il énonce ne s'appliquent pas à des procédures particulières lorsqu'elles sont incompatibles avec des principes de droit qui les régissent.

Or, la protection des secrets d'affaires est un principe général de droit qui s'applique pendant le déroulement de la procédure devant la cour. La cour doit donc veiller, pour des raisons d'intérêt public, à ce que l'exercice du recours prévu par la loi du 17 janvier 2003 n'aboutisse pas à un échange d'informations sensibles sur le plan commercial entre les entreprises, parties à la procédure. Toute autre solution aboutirait au résultat inadmissible qu'une entreprise pourrait être incitée à introduire un recours devant la cour ou à

09 -12- 2005

intervenir dans une procédure pendante devant la cour uniquement en vue d'avoir accès aux secrets d'affaires de concurrents (Cour de Justice, arrêt du 24 juin 1986, précité, point 28).

Il y a donc lieu d'écarter les règles du Code judiciaire dont l'application empêcherait la protection des secrets d'affaire de Belgacom et rendrait impossible ou excessivement difficile l'exercice du recours prévu par l'article 4 de la Directive 2002/21 du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de télécommunications électroniques (directive « cadre ») (CJCE, arrêt du 17 juillet 1997, C-242/95, GT-Link, Rec.p.I.4453, point 24).

La demande de Mobistar d'avoir communication des pièces produites par Belgacom et par l'IBPT et communication des conclusions sur le fond est donc rejetée.

B. Sur le droit de Mobistar à intervenir dans la procédure pour prendre fait et cause pour l'IBPT et sur son droit d'agir en annulation de la décision attaquée

Arguments des parties

21. Belgacom soulève une exception d'irrecevabilité.

Belgacom observe que l'intervention de Mobistar se greffe sur le recours principal qu'elle-même a introduit sur pied de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003, qui vise la décision de l'IBPT du 23 décembre 2003. En intervenant dans la procédure, Mobistar ne pourrait donc être admise à soulever une contestation sur l'offre de référence ou sur les conditions d'accès dont elle bénéficie en application du contrat particulier entre Belgacom et Mobistar.

S'agissant de la demande de Mobistar tendant à l'annulation de la décision de l'IBPT, Belgacom allègue qu'elle est irrecevable au motif que la décision de l'IBPT de ne pas soulever des objections à l'encontre de l'offre de référence n'a pas produit d'effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de Mobistar. En effet, la décision attaquée ne créerait, en soi, aucune obligation pour Mobistar qui n'en est pas le destinataire. Par ailleurs, la décision attaquée ne serait pas une approbation de l'offre de référence

de Belgacom, offre dont l'existence et la validité ne requièrent pas l'intervention préalable de l'IBPT. Celui-ci ne serait pas tenu de prendre une décision et l'abstention de prendre une décision n'est donc pas susceptible de recours.

S'agissant tant de l'intervention de Mobistar pour prendre fait et cause pour l'IBPT que de la demande en annulation qu'elle a formée, Belgacom allègue qu'elles sont irrecevables faute d'intérêt direct et personnel. Mobistar ne serait en rien tenue de contracter aux conditions de l'offre de référence le cas échéant modifiées en exécution des décisions de l'IBPT et seul le contrat entre Belgacom et Mobistar qui n'est pas en cause ou le refus que Belgacom lui aurait opposé de négocier des conditions différentes pourrait être considéré comme lui ayant porté préjudice. En cas de litige entre les parties, il incomberait à Mobistar de le déférer aux instances compétentes.

Selon Belgacom, admettre l'intervention de tout opérateur ou cocontractant potentiel du destinataire de la décision de l'IBPT à l'occasion d'un recours au principal contre la décision de l'autorité administrative reviendrait à ignorer la distinction entre les recours contre l'autorité réglementaire nationale et les recours relatifs aux litiges entre les opérateurs, distinction consacrée par la Directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de télécommunications électroniques (Directive « Cadre ») en ses articles 4 et 20, et par la loi du 17 janvier 2003 sur les recours.

22. Mobistar prétend être habilitée à agir dans le cadre du recours au principal tant pour conclure au rejet de celui-ci en présentant le cas échéant des arguments autres que ceux présentés par l'IBPT pour sa défense, que pour obtenir l'annulation de la décision attaquée.

Elle s'estime concernée d'une façon directe et individuelle par la décision de l'IBPT, en sa double qualité de titulaire d'un droit à l'accès à la boucle locale de Belgacom et de fournisseur de services requérant l'obtention d'un accès dégroupé, par ce que cette décision porte sur les conditions et modalités auxquelles Belgacom fournit l'accès dégroupé à sa boucle locale.

Pour Mobistar, la décision attaquée serait source de droits pour les opérateurs alternatifs. Par cette décision, l'IBPT aurait fixé les conditions minimales auxquelles Belgacom était tenue de fournir aux bénéficiaires le dégroupage de sa

09 -12- 2005

boucle locale au cours de l'année 2004.

Elle déduit de cette prémisse que la mise à néant de cette décision ou sa réformation dans le sens souhaité par Belgacom modifierait sa propre situation juridique et qu'elle a donc un intérêt manifeste, direct et personnel, à intervenir dans le litige pour prendre fait et cause pour l'IBPT dans le cadre du recours principal.

Pour justifier son intérêt à former une demande en annulation de la décision attaquée en ce que celle-ci n'a pas enjoint à Belgacom de modifier son offre de référence sur certains points, Mobistar allègue que la décision attaquée affecte ses intérêts dans la mesure où l'offre de référence BRUO, telle que modifiée par Belgacom pour rencontrer les exigences formulées par l'IBPT dans ladite décision, serait incompatible avec les obligations qui pèsent sur Belgacom pour permettre une concurrence équitable par les opérateurs alternatifs.

Elle invoque l'existence, dans son chef, d'un droit propre et distinct de celui de Belgacom, à savoir le droit de tout administré d'attendre d'une administration qu'elle exerce son pouvoir de contrôle de manière adéquate qui, en l'espèce, se confondrait avec son droit de bénéficier d'une offre de référence BRUO conforme au cadre réglementaire.

Or, selon Mobistar, la décision attaquée est entachée d'illégalité :

- l'IBPT n'aurait pas correctement vérifié le respect par Belgacom de l'obligation d'orientation des tarifs de l'accès dégroupé à la boucle locale en fonction des coûts ;
- la décision litigieuse ne satisferait pas à l'exigence de motivation formelle au sens de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.
- elle ne satisferait pas à l'exigence de transparence au niveau des règles en matière d'évaluation des coûts et de tarification ;
- la décision attaquée ne permettrait pas un accès à la boucle locale suffisamment dégroupé dès lors qu'elle a pour conséquence que l'opérateur voulant offrir

09 -12- 2005

un service Internet se voit contraint d'accepter l'option « Raw Copper type 2 » qui couvre le service de téléphonie vocale, lorsque Belgacom ne fournit pas ce service de téléphonie vocale à l'utilisateur final.

- la décision attaquée approuverait des pratiques restrictives de concurrence de Belgacom qui conduisent à renforcer sa position dominante, en particulier sur le marché *retail* de large bande via la technologie ADSL.

La circonstance que l'accès dégroupé fait l'objet de contrats particuliers entre Belgacom et les différents bénéficiaires de l'accès serait sans incidence sur l'examen de sa qualité et de son intérêt à agir au motif que l'offre de référence de Belgacom telle que modifiée suite aux injonctions faites par l'IBPT constituerait la base de toute négociation pouvant mener à un accord et que la faculté de négocier librement des conditions d'accès serait purement théorique. D'une part, la pratique démontrerait que des négociations n'ont pas lieu. D'autre part, le principe de non discrimination ferait obstacle à ce que Belgacom consente à un bénéficiaire des conditions différentes de celles de l'offre de référence.

Enfin, Mobistar indique que l'article 812, alinéa 2, du Code judiciaire aux termes duquel l'intervention tendant à obtenir une condamnation ne peut s'exercer pour la première fois en degré d'appel, ne s'appliquerait pas en l'espèce.

23. L'IBPT ne conteste pas l'intérêt de Mobistar.

Il ne fait à cet égard aucune distinction selon l'objet de l'intervention. Il se borne à relever que Mobistar est en droit d'exiger que Belgacom respecte dans son offre de référence ce qui lui est imposé par l'IBPT dans la décision attaquée et estime que Mobistar peut se prévaloir directement de la décision attaquée dans ses rapports juridiques avec Belgacom.

L'institut rappelle que la décision attaquée a été prise après consultation des bénéficiaires et que Mobistar a fait connaître son point de vue sur l'offre de référence.

S'agissant de la demande de Mobistar tendant à l'annulation de la décision attaquée, l'Institut invite la cour à la déclarer irrecevable sur la base de l'article 1051 du Code judiciaire qui fixe le délai d'appel à un mois.

Le point de départ de ce délai de recours serait la publication de la décision attaquée sur le site Internet de l'IBPT, en application des règles applicables en matière administrative en vertu desquelles le point de départ du délai de recours est la notification, la publication ou la prise de connaissance effective de l'acte qui fait l'objet du recours selon que celui-ci doit être publié, notifié ou non.

A titre subsidiaire, l'IBPT rappelle le prescrit de l'article 814 du Code judiciaire pour soutenir qu'en tout état de cause, l'intervention agressive de Mobistar ne peut pas retarder le jugement du recours principal.

Appréciation de la cour

Observations liminaires

24. Aux termes de l'article 4 de la directive « Cadre », les Etats membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties.

L'exigence d'affectation énoncée dans cette disposition doit s'interpréter à la lumière du droit communautaire qui requiert la démonstration par le requérant qu'il est concerné directement et individuellement par la décision attaquée.

Comme indiqué plus haut (point 15), la loi du 17 janvier 2003 dispose en son article 3 que pour l'ensemble des aspects de la procédure ayant trait à la procédure devant la cour, le Code judiciaire s'applique.

La cour doit toutefois appliquer les dispositions du Code judiciaire en tenant compte du fait que le recours organisé par la loi précitée présente un caractère objectif, vu la nature de l'acte attaqué, et de l'absence de lien d'instance entre les parties avant l'introduction du recours (Bruxelles (9^{ème} chambre), arrêts des 18 juin 2004 (R.G. 2003/AR/2249), 14 octobre 2004 (R.G.2003/AR/2463) et 15 octobre 2004 (R.G./2003/AR/1664) publiés sur le site <http://www.rdc.tbh.be>, et note Xavier Taton, « *Les recours*

09 -12- 2005

objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire », Revue de Droit commercial belge, 2005, pages 802 e.s.).

Dès lors, le droit d'agir de Mobistar dépend de la question de savoir si elle est concernée d'une façon directe et individuelle par la décision attaquée adressée à Belgacom et, en ce qui concerne son intervention de type « conservatoire », par l'arrêt à intervenir.

25. La cour constate que Mobistar est concernée par la décision attaquée, ce que ni l'IBPT ni Belgacom ne contestent.

En effet, l'offre de référence qui détermine les conditions auxquelles Belgacom offre l'accès dégroupé au cours d'une année civile est censée constituer, du vœu même du législateur européen, un cadre général pour la négociation des contrats particuliers en cas de demande d'accès adressée à Belgacom par un bénéficiaire ou en cas de demande de modification des conditions contractuelles existantes.

Les relations juridiques que Mobistar entretient avec Belgacom en ce qui concerne l'accès dégroupé à la boucle locale sont donc susceptibles d'être influencées par la décision attaquée qui porte sur les conditions auxquelles Belgacom offre l'accès dégroupé à la boucle locale en ce sens que l'offre de référence publiée sous le contrôle de l'IBPT est censée constituer un moyen d'encourager la fourniture de l'accès à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires.

Il convient cependant de constater d'emblée que la décision attaquée ne concerne Mobistar qu'en raison de sa qualité objective de « bénéficiaire » au sens de l'article 2, b) du règlement 2887/2000 (« une tierce partie dûment autorisée, conformément à la directive 97/13/CE, ou habilitée à fournir des services de télécommunications en vertu de la législation nationale, et qui remplit les conditions nécessaires pour bénéficier d'un accès dégroupé à la boucle locale »), au même titre que tout opérateur qui, au cours de l'année 2004, pouvait se trouver dans une situation identique.

Mobistar ne fait pas état de circonstances particulières qui permettraient de constater que la décision attaquée l'atteint de manière différente des autres bénéficiaires ou que l'arrêt à intervenir sur le recours principal de Belgacom pourrait l'atteindre de manière différente des autres bénéficiaires. Il résulte des moyens à l'appui de sa demande en annulation de la décision attaquée que Mobistar considère que l'offre de

09 -12- 2005

référence BRUO 2004 résultant de l'intervention critiquée de l'IBPT serait la source d'une distorsion de concurrence entre Belgacom et les autres opérateurs sur le marché des services aux utilisateurs finals, et qu'elle affecte dès lors de manière identique la position concurrentielle des bénéficiaires par rapport à Belgacom sur ce marché. Il résulte également des moyens que Mobistar présente pour conclure au rejet du recours de Belgacom que Mobistar considère que l'arrêt qui déclarerait ce recours fondé affecterait de manière identique l'ensemble des bénéficiaires.

Il convient donc de rechercher si l'adoption par l'IBPT d'une décision prise dans l'exercice de son pouvoir d'imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale ou l'absence de décision d'imposer des modifications ouvre à tout titulaire d'un droit à l'accès à la boucle locale dont le destinataire est l'opérateur notifié puissant, la possibilité d'agir, en introduisant un recours contre cette décision ou un recours en carence, ou en intervenant en vue de conclure au rejet d'un recours introduit par l'opérateur puissant contre une décision de lui imposer de modifier l'offre de référence.

A cet égard, il convient d'abord d'examiner la nature de l'acte attaqué.

26. Le législateur européen a imposé aux opérateurs désignés comme puissants sur le marché de la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes l'obligation de publier une offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale.

Il résulte des considérants 10 et 12 du règlement n°2887/2000 reproduits plus haut (point 12) que la publication d'une offre de référence, sous le contrôle de l'autorité réglementaire nationale, est conçue comme un moyen de remédier au déséquilibre existant entre le pouvoir de négociation du nouvel arrivant et celui de l'opérateur notifié, d'éviter des distorsions de concurrence et de contribuer à l'établissement de conditions de marché transparentes et non discriminatoires.

Rien ne permet de considérer que l'offre de référence publiée se substituerait à la volonté des parties à un contrat de fourniture d'accès ni qu'elle ferait obstacle à la négociation commerciale pouvant mener à un accord sur les aspects techniques et tarifaires de l'accès à la boucle locale.

09 -12- 2005

La décision par laquelle l'IBPT impose à Belgacom de modifier l'offre de référence ne constitue pas une mesure de portée générale produisant des effets juridiques obligatoires à l'égard des entreprises titulaires d'un droit subjectif à l'accès dégroupé. En effet, les conditions que l'offre énonce ne s'appliquent nullement automatiquement aux situations déterminées qui y sont visées. L'intervention de l'IBPT n'affecte pas la validité juridique du contrat commercial entre Belgacom et Mobistar. Elle ne modifie pas les conditions et modalités d'accès convenues entre ces parties. Elle ne revient pas à une constatation par l'IBPT de la conformité ou de la non-conformité des conditions et modalités convenues dans des contrats particuliers avec les dispositions applicables du droit communautaire et du droit national régissant la matière. Les modalités de l'offre de référence établies sous le contrôle ne se substituent pas aux modalités convenues entre Belgacom et Mobistar.

C'est donc le contrat particulier sur l'accès à la boucle locale qui lie Belgacom à Mobistar, le refus éventuel de Belgacom de fournir l'accès à Mobistar ou son refus éventuel de modifier le contrat existant entre ces parties, qui pourraient être considérés comme ayant des répercussions directes sur la situation juridique de Mobistar et sa position concurrentielle sur le marché en cause.

Il y a donc lieu de constater, comme Belgacom l'indique, que la situation juridique de Mobistar n'est pas directement affectée par la décision attaquée dès lors que l'effet de cette décision est lié à un acte de volonté des parties, postérieur à la décision attaquée, de lui donner effet dans leurs rapports juridiques.

27. Il y a lieu de constater également que les obligations qui pèsent sur Belgacom en sa qualité d'opérateur notifié, qui sont permanentes, résultent directement des normes communautaires et nationales applicables. Elles ne trouvent ni leur cause ni leurs limites dans l'offre de référence que Belgacom doit non seulement établir mais également tenir à jour (article 3, paragraphe 1 du règlement 2887/2000) ni dans les décisions que l'IBPT est susceptible de prendre dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de contrôle de l'offre de référence.

Contrairement à ce qu'allègue Mobistar, l'offre de référence publiée, le cas échéant modifiée pour rencontrer les objections de l'Institut, ne fait pas naître de manière directe des droits subjectifs dans le chef des opérateurs bénéficiaires.

En effet, la publication de l'offre de référence modifiée suite à l'intervention de l'IBPT n'empêche pas Belgacom de conclure un contrat particulier qui s'écarterait de l'offre de référence et elle ne constitue pas non plus un obstacle juridique à la négociation des conditions d'accès. De la seule circonstance que Belgacom poserait, pour fournir ou maintenir l'accès, des conditions qui s'écartent des conditions et modalités de l'offre de référence, il ne saurait être déduit la preuve d'une violation par Belgacom des obligations qui pèsent sur elle en vertu des dispositions applicables.

Contrairement à ce que prétend Mobistar, la constatation d'une violation de l'obligation de non discrimination ne peut reposer uniquement sur la constatation de l'octroi de conditions d'accès différentes. Le principe de non-discrimination prohibe l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant un désavantage dans la concurrence. Il ne fait pas obstacle à un traitement différent de situations différentes lorsque les écarts sont objectivement justifiés.

28. Il convient encore d'examiner si comme le prétend Mobistar, la possibilité de négocier des conditions d'accès en vue de la conclusion d'accords particuliers est réelle ou purement théorique.

En effet, dans l'hypothèse où il y aurait lieu de conclure au caractère purement théorique de la faculté de négocier des conditions particulières d'accès, il faudrait constater que l'offre de référence produit en pratique des effets obligatoires en ne laissant pas aux parties à un contrat d'accès une marge de manœuvre suffisante. Dans ce cas, la décision attaquée devrait être considérée comme produisant, à elle seule, des effets sur la situation juridique de Mobistar qui pourrait alors prétendre être affectée directement et individuellement par la décision attaquée et être concernée de la même manière par la décision de la cour sur le recours principal (Comp. CJCE, arrêt du 5 mai 1998, C-386/96 P, Rec. I-2309, TPI, arrêt du 15 septembre 1998, T-54/96, Rec. II -3377).

A cet égard, la cour constate que le contexte juridique dans lequel l'intervention attaquée de l'IBPT prend place ne permet pas une telle conclusion. Il paraît clair qu'en imposant aux opérateurs notifiés puissants l'obligation de publier une offre de référence sous le contrôle des autorités

réglementaires nationales, le législateur européen a entendu encourager la méthode de la négociation commerciale et non l'écartier, tout en mettant en place un mécanisme qui permet de corriger le déséquilibre pouvant résulter de la puissance de négociation de l'opérateur qui possède l'infrastructure.

Par ailleurs, le règlement n° 2887/2000 crée en faveur des bénéficiaires des droits subjectifs que ceux-ci peuvent faire valoir en cas de litige sur les conditions de l'accès. Il résulte de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges que Mobistar peut déférer au Conseil de la concurrence tout refus de Belgacom de lui fournir l'accès dégroupé à la boucle locale ou toute décision de Belgacom de lui fournir l'accès à des conditions ne répondant pas aux critères définis par le législateur européen et le législateur national.

Enfin, il importe encore de relever que ni le règlement n° 2887/2000 ni la loi nationale n'habilitent les bénéficiaires à intervenir dans le cadre de la procédure d'examen de l'offre de référence soumise au contrôle de l'IBPT, notamment pour faire constater la violation par l'opérateur puissant de ses obligations. Cette faculté leur aurait été logiquement donnée si l'offre de référence devait régir à elle seule les conditions et modalités de l'accès.

29. Il y a lieu d'examiner enfin si la législation confère aux bénéficiaires des garanties procédurales au cours de l'examen par l'IBPT de l'offre de référence, ce qui suffirait à justifier qu'ils soient habilités à agir sur pied de la loi du 17 janvier 2003 sur les recours, de manière conservatoire ou agressive (Comp. CJCE, arrêt du 28 janvier 1986, Affaire 169/84, points 23-24).

L'IBPT n'a pas l'obligation d'offrir aux bénéficiaires de l'accès dégroupé, actuels ou potentiels, l'occasion d'être entendus avant de prendre une décision d'enjoindre ou de ne pas enjoindre à Belgacom de modifier son offre de référence. Seule Belgacom, qui est individuellement et directement concernée par une telle décision, doit recevoir la possibilité d'être entendue (article 19 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur).

L'occasion qui est donnée aux entreprises bénéficiaires de faire connaître leur point de vue sur le projet d'offre de référence dans le cadre de la consultation publique que l'IBPT peut organiser, ne constitue pas une garantie procédurale qui les habiliterait à introduire un recours à l'encontre du refus éventuel de l'IBPT de prendre en

09 -12- 2005

considération leurs souhaits et remarques dans la décision finale ou à intervenir dans la procédure devant la cour pour prendre fait et cause pour l'IBPT.

Si les opérateurs alternatifs jouent un rôle dans la préparation de la décision de l'IBPT, celui-ci est clairement limité à contribuer à l'information de l'Institut.

C'est donc à tort que Mobistar entend voir transposer aux opérateurs alternatifs ayant formulé des observations sur le projet d'offre de référence, les règles qui régissent le droit de recours qui est ouvert au plaignant dans la procédure devant le Conseil de la concurrence et aux tiers qui y sont intervenus.

30. A la lumière des considérations qui précèdent, il convient encore d'examiner s'il y a lieu d'opérer une distinction, quant à la recevabilité de l'intervention de Mobistar dans la présente procédure, selon son objet.

Sur la recevabilité de l'intervention « agressive » de Mobistar tendant à l'annulation de la décision attaquée

31. La décision par laquelle l'IBPT impose à l'opérateur notifié de modifier l'offre de référence sur certains points ne revient pas à une décision par laquelle l'IBPT constate simultanément que l'offre de référence est conforme aux obligations qui pèsent sur les opérateurs notifiés en ce qui concerne les autres points.

En effet, en n'émettant pas d'objections, l'IBPT ne valide pas l'offre de référence et n'homologue pas les tarifs qui y sont proposés.

Cette décision laisse entiers les droits que les bénéficiaires de l'accès peuvent faire valoir à l'encontre de l'opérateur puissant en vertu des dispositions applicables.

Le règlement n° 2887/2000 n'a instauré en faveur des bénéficiaires aucun droit subjectif à obtenir que l'intervention de l'IBPT aboutisse à la constatation *erga omnes* de la conformité de l'offre de référence publiée sous le contrôle de l'IBPT, avec les obligations qu'il met à charge des opérateurs puissants.

09 -12- 2005

En définissant les objectifs à la réalisation desquels l'intervention des autorités réglementaires doit tendre, les autorités réglementaires nationales - qui disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour remplir leur mission- ne se sont pas vu imposer une obligation de résultat. En outre, l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'IBPT en ce qui concerne l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale n'est pas assorti d'une obligation d'intervention de l'IBPT.

Si l'IBPT donne aux entreprises bénéficiaires le droit de lui communiquer des observations et des objections sur le projet d'offre de référence ou même sur le projet de décision, il n'en résulte pas qu'il leur est donné des garanties procédurales qui justifieraient à elles seules l'exercice d'une voie de recours. En particulier, le rejet des prétentions que les opérateurs alternatifs auraient formulé ne doit pas être motivé par l'IBPT.

L'absence d'objections n'est donc pas en soi susceptible de produire des effets juridiques de nature à affecter directement les intérêts des opérateurs alternatifs, titulaires d'un droit à l'accès, puisqu'elle ne constitue pas une décision constatant la conformité de l'offre avec les dispositions applicables.

Le fait que la décision attaquée laisse subsister l'offre de référence sur les points critiqués par Mobistar ou par d'autres bénéficiaires n'affecte pas directement les intérêts de ceux-ci dès lors que tout bénéficiaire peut faire valoir un droit subjectif au respect par Belgacom de ses obligations en matière d'accès dégroupé à la boucle locale en cas de litige.

En outre, comme indiqué plus haut, l'irrecevabilité de l'intervention agressive de Mobistar - qui constitue en réalité un recours en carence dès lors que Mobistar reproche à l'IBPT de ne pas avoir constaté que l'offre de référence ne répondait pas aux obligations qui pèsent sur Belgacom-, ne laisse pas Mobistar sans protection juridictionnelle à l'encontre de l'opérateur puissant.

L'intérêt que Mobistar ou tout autre bénéficiaire peut faire valoir en obtenant que la cour donne son opinion sur la conformité des conditions de l'offre de référence avec les dispositions applicables qui définissent les obligations qui pèsent sur Belgacom, ne saurait suffire à justifier l'intérêt requis (Comp. TPI, arrêt du 5 juin 1996, T-398/94, Rec.1996, II-00477, point 50).

09 -12- 2005

32. Il résulte des développements qui précèdent que Mobistar n'est pas habilitée à former, sur pied de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 relative au recours, une demande ayant pour objet l'annulation, partielle ou totale, de la décision attaquée.

Il n'y a donc pas lieu d'examiner la recevabilité de cette demande au regard des dispositions invoquées par l'IBPT en matière de délais.

Sur la recevabilité de l'intervention de Mobistar pour prendre fait et cause pour l'IBPT

33. Mobistar n'est pas plus habilitée à intervenir dans la procédure sur le recours au principal de manière conservatoire.

En effet, la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours n'a pas donné aux entreprises qui ne seraient qu'indirectement affectées par la décision que prendrait la cour sur un recours introduit par le destinataire de la décision ou par une entreprise individuellement et directement concernée par une décision adressée à un tiers, la possibilité d'intervenir dans la procédure pour soutenir l'IBPT et celle de présenter tout moyen ou argument qui n'aurait pas été utilisé par l'Institut à l'appui de sa défense.

Il résulte des développements qui précèdent qu'une décision d'annulation partielle ou totale de la décision attaquée n'est pas susceptible de porter directement atteinte aux intérêts de Mobistar. En effet, l'arrêt de la cour sur le recours de Belgacom n'est pas susceptible de compromettre l'exercice des droits subjectifs que Mobistar tire de la réglementation communautaire et nationale en matière d'accès dégroupé à la boucle locale et il ne saurait avoir pour effet de priver Mobistar de la possibilité de voir sanctionner des comportements de Belgacom qui seraient contraires aux obligations qui sont les siennes en vertu de la réglementation communautaire et nationale en ce qui concerne l'accès dégroupé à la boucle locale.

Contrairement à ce que Belgacom semble soutenir, la cour ne saurait à l'issue de l'examen du bien fondé de son recours, constater la conformité du projet d'offre de référence sur les points à l'encontre desquels l'IBPT a formulé des objections, avec la réglementation applicable. La constatation de la légalité de la décision attaquée se

révélerait donc sans incidence sur le fondement d'une éventuelle demande de Mobistar de bénéficier de conditions différentes de celles formulées dans l'offre de référence publiée.

D'autre part, Mobistar ne peut justifier d'un intérêt à intervenir à la cause par le souhait de pouvoir se prévaloir d'une décision de rejet du recours dans ses relations avec Belgacom. En effet, l'arrêt de la cour sur la validité de l'acte attaqué est revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée, sous la réserve d'une éventuelle cassation.

VII. Sur le recours de Belgacom

34. Vu l'irrecevabilité de l'intervention de Mobistar, il s'impose d'ordonner la réouverture des débats avant de poursuivre l'instruction du recours principal pour permettre à l'IBPT et à Belgacom de conclure oralement sur la base de l'ensemble des pièces du dossier.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

09 -12- 2005

Statuant contradictoirement,

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

Dit que Mobistar n'est pas habilitée à intervenir dans la procédure ;

Condamne Mobistar aux dépens de son intervention, liquidés à 237,98€.

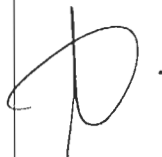
Ordonne la réouverture des débats sur le recours de Belgacom ;

Fixe l'affaire à l'audience du 27 janvier 2006 à 9 heures.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **09 -12- 2005**

où étaient présents :

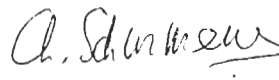
Martine REGOUT, Conseiller ff Président,
Christine SCHURMANS, Conseiller,
Henry MACKELBERT, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier,



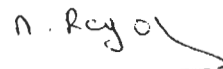
P. DELGUSTE



H. MACKELBERT



Ch. SCHURMANS



M. REGOUT

09 -12- 2005