

1

TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE BRUXELLES

N° 06/502/C du registre des référés

Annexes 1 citation
5 conclusions

en cause de

LA SA BASE, dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles,
rue Colonel Bourg, 115,

partie demanderesse.
représentée par Mes. Alexandre Verheyden et Geoffroy de
Foestraets, avocat à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165.

contre

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES
TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, dont les
bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie,
14 bte 21,

partie défenderesse.
représentée par Me. Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue
de Suisse, 24.

En cette cause, il est conclu et plaidé en français à l'audience
publique du 24 avril 2006 .

orfa

Après délibéré le président du tribunal de première instance rend
l'ordonnance suivante

Vu .

- la citation en référé signifiée par exploit de Me De Mets
huissier de justice suppléant en remplacement de Me. Van
Horenbeeck, huissier de justice de résidence à 1180 Bruxelles,
le 30 mars 2006 ;

- les conclusions de la partie demanderesse déposées à
l'audience du 12 avril 2006 ;

REPERT.
N° 06 / 2006 7

COPIE adressée à
Depré
art. 280, 2°
C.J. art 792-1030)

- les conclusions de la partie défenderesse déposées au greffe le 5 avril 2006 et ses conclusions additionnelles déposées à l'audience du 12 avril 2006 ;

Entendu en leurs plaidoiries les conseils des parties :

OBJET DE LA DEMANDE :

L'action mue à la requête de la sa Base, sur base de l'urgence, tend :

- à enjoindre à l'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (en abrégé IBPT) à lui donner un accès immédiat au dossier complet, en ce compris les éléments concernant le modèle générique de coûts que l'IBPT entend imposer à BASE, ayant servi de base au projet de décision soumis à la Consultation publique ouverte le 8 février 2006 relativement au Marché 16(Terminaison d'appels sur chaque réseau mobile) sous peine d'une astreinte de 100 000 € par jour de retard
- à l'autoriser à formuler des observations complémentaires dans les 30 jours de l'accès effectif au dossier
- à interdire à l'IBPT de communiquer le dossier en l'état à la concertation du Conseil de la Concurrence ou à la Commission Européenne et/ou de prendre sur pied de l'article 55 §3 une décision qui concernerait directement et personnellement BASE relativement au Marché 16, avant que BASE ait pu utilement faire valoir ses observations dans le délai repris ci-dessus

CADRE DU LITIGE

Cadre légal

- Les droits et obligations des opérateurs de téléphonie mobile étaient fixés par la loi du 21 mars 1991, l'article 71 de cette loi créant l'IBPT comme autorité de régulation du marché des télécommunications

Le statut de l'IBPT est réglé par la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des sections des postes et des télécommunications belges, une loi du même jour réglant les recours et le traitement des litiges, les décisions de l'IBPT pouvant faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour d'Appel de Bruxelles, statuant comme en référés

En vertu de ce pouvoir, l'IBPT établissait chaque année la liste des opérateurs considérés comme « puissants sur un marché concerné », ces derniers devant notamment respecter le principe de l'orientation des coûts en ce qui concerne notamment les tarifs d'interconnexion (article 106 §1^{er}).

- Une loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques (prise en application de plusieurs directives européennes) a instauré un nouveau cadre réglementaire pour toutes les communications électroniques

L'IBPT est chargée, en vertu de l'article 55 de la loi, de déterminer si le marché pertinent est concurrentiel (§2), et dans la négative, de déterminer quel est l'opérateur qui dispose d'une puissance significative sur le marché (§3) et, enfin de lui imposer les obligations parmi celles visées aux articles 58 à 65 qu'il estime appropriées (et notamment celle résultant de l'article 62 de la loi du 13 juin 2005 étant l'obligation de récupérer les coûts).

Cette procédure doit, en vertu de l'article 140, faire l'objet d'une consultation publique préalable dont les modalités sont déterminées par un arrêté royal du 26 janvier 2006 . il s'agit d'un avis sur le site Internet, reprenant en application de l'article 2 de l'arrêté royal du 26 janvier 2006, l'objet de la consultation publique et copie du projet de décision soumise à consultation

Cadre factuel

Trois opérateurs de téléphonie se partagent le marché en Belgique . BELGACOM MOBILE (PROXIMUS) pour 53 % du marché, MOBISTAR pour 33 % du marché et BASE pour 14 % des parts de marché

Afin de permettre un échange des communications d'un réseau à l'autre, les réseaux doivent être interconnectés entre eux ce qui implique donc pour chaque opérateur de permettre l'usage de son propre réseau pour y transférer une communication initiée par un abonné d'un réseau différent

Cet usage est facturé par les divers opérateurs

Le coût de ce transfert (tarif d'interconnexion) est régulé par un mécanisme de prix plafonds et est soumis au principe d'orientation vers les coûts mais seulement à l'égard des opérateurs reconnus comme puissants par l'IBPT (article 106 §1^{er}), sur base d'une liste qu'elle établit annuellement.

BASE n'a jamais été considérée comme tel si bien qu'elle a pu fixer librement ses tarifs d'interconnexion. Elle indique que ces tarifs représentent une part très significative de son chiffre d'affaires (30% sans autre précision).

Dans son projet de décision, communiquée sur le site le 7 février 2006, l'IBPT considère que les trois opérateurs ont chacun une position dominante individuelle sur le marché de terminaison d'appel vocal sur leur réseau mobile (il s'agit du marché « pertinent » visé à l'article 55 §2) et propose d'imposer à BASE, au même titre que PROXIMUS et MOBISTAR, des tarifs d'interconnexion, cette diminution devant être appliquée progressivement selon un canevas prenant cours le 1^{er} juillet 2006 pour se terminer le 1^{er} juillet 2008 et ce , sous peine de sanctions financières.

L'IBPT a invité les acteurs du marché à réagir avant le 16 mars 2006, ce qui a été fait, notamment par BASE dans un document de 150 pages transmis le 16 mars 2006

L'IBPT a publié le 19 avril 2006 sur son site Internet un résumé des réactions des acteurs du marché .

* * *

BASE a formulé une demande **d'accès au dossier administratif concernant le projet de décision**, par courrier du 28 février 2006, rappelé le 9 mars. Le 28 mars, les conseils de Base adressait un nouveau rappel à l'IBPT.

L'IBPT a accusé réception de cette demande le 3 mars 2006 en se référant à la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration -invoquée par Base-, indiquant qu'il ne pouvait satisfaire à la demande dans le délai de 30 jours prévu à l'article 6§5 de ladite loi dans la mesure où « *le dossier administratif auquel il est demandé accès, fait l'objet d'une consultation des opérateurs concernés, ceux-ci étant amenés à rendre un avis sur la confidentialité éventuelle des pièces dont ils sont l'auteur.* » l'IBPT annonçait une prolongation du délai au 16 avril 2006

Par fax et courrier du 3 avril, l'IBPT a répondu à la mise en demeure des conseils de BASE en contestant le refus qui lui était imputé de donner accès au dossier administratif « puisque cette demande d'accès suit son cours » ajoutant que le traitement de la demande de BASE était indépendant de l'élaboration d'une décision de l'IBPT concernant le marché I6 (étant le marché concerné)

* * *

BASE avait, dès le 23 janvier 2006, sollicité en application de l'article 4 de la loi du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration, une copie du dossier administratif concernant **le modèle générique de coûts que l'IBPT entend imposer à BASE.**

* * *

L'IBPT indique qu'elle n'a pu obtenir que le 4 avril 2006, veille de l'audience d'introduction, l'ensemble des avis des opérateurs sur le caractère confidentiel des documents auxquels BASE pouvait avoir accès.

Les pièces non confidentielles relatives ont été communiquées à BASE par courrier du 10 avril 2006, soit le jour où l'organe de gestion de l'IBPT (le Conseil de l'IBPT) se réunissait

Par conclusions déposées le 24 avril 2006, BASE invoque, d'une part, que le dossier communiqué est incomplet et, d'autre part que les pièces déposées amènent certaines remarques

DISCUSSION :

- Quant à l'application au cas d'espèce du principe général de droit « audi alteram partem »

La thèse développée par la partie demanderesse est de dire que son action vise à assurer le respect de ses droits de la défense, dans le processus de décision actuellement mis en œuvre par l'IBPT.

En l'espèce, BASE entend former son argumentation sur l'urgence, sur le principe général de droit « audi alteram partem » et le principe de bonne administration selon lequel l'autorité administrative doit préparer avec soin ses décisions

Elle conteste dès lors que son action soit fondée sur l'article 140 de la loi du 13 juin 2005 et sur la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration dès lors qu'elle ne souhaite pas simplement être informée mais au contraire exercer utilement ses droits fondamentaux .

Selon l'IBPT, le principe général de droit « audi alteram partem » n'est pas applicable en l'espèce puisqu'il ne vise la possibilité d'être entendu que dans le cadre de mesures fondées sur un comportement personnel et qui s'inscrivent dans un cadre disciplinaire au sens large. Or, dans le cas d'espèce, l'IBPT soutient n'avoir aucun reproche à formuler à l'encontre de BASE mais a décidé d'une mesure de régulation du marché dont

il a constaté qu'il n'est pas concurrentiel. En outre, tous les opérateurs mobiles « puissants » pour le marché 16 sont visés par cette mesure, même si de facto, l'imposition d'une orientation des coûts est une mesure nouvelle seulement pour BASE.

Il est communément admis, que ces principes généraux sont applicables en cas de mesures graves fondées sur un comportement personnel et qui s'apparentent à des sanctions administratives.

S'il ne peut être contesté que la mesure adoptée dans le projet de décision est une mesure grave pour BASE, d'un point de vue financier, c'est à tort que BASE estime que cette mesure se fonde sur son comportement personnel, dès lors que le projet de décision résulte d'une analyse du marché et d'un constat que ce marché « pertinent » n'est pas concurrentiel, le projet de décision vise tous les acteurs du marché (même si de fait, les conséquences financières sont plus lourdes pour BASE, reconnue pour la première fois comme un opérateur puissant dans ce marché).

La décision d'imposer le respect du principe de l'orientation des coûts en ce qui concerne notamment les tarifs d'interconnexion, ne peut d'autant moins s'apparenter à une sanction d'un comportement personnel qui eût pu en tant que telle justifier le recours au principe général invoqué par BASE, qu'elle prévoit par ailleurs des sanctions en cas de non-respect des coûts.

- Quant à l'applicabilité de l'article 140 de la loi du 13 juin 2005

Il résulte de la lecture combinée des articles 19 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut de l'IBPT et 140 de la loi du 13 juin 2005 et du rapport au roi précédant l'AR du 26 janvier 2006 que l'article 140 constitue une modalité pour « *les personnes directement et personnellement concernées par une décision* », en l'espèce, les « *acteurs du marché* » d'être entendues au préalable, par le biais d'une consultation publique

La distinction que BASE opère entre « les personnes directement et personnellement concernées par une décision », au sens de l'article 19 précité, auxquelles elle s'identifie au contraire des « acteurs du marché », au sens de l'article 140 apparaît comme purement factice. La loi de 2005 ne prévoit pas la possibilité pour les acteurs du marché d'être entendus autrement que par le biais de la consultation publique portant sur le projet de décision

BASE ne peut raisonnablement contester avoir, comme les autres acteurs du marché, été consultée sur le projet de décision de l'IBPT, d'autant qu'elle a communiqué pour la date prévue ses observations

Comme invoqué avec pertinence par l'IBPT, le libellé de l'article 140 prévoit que l'objet de cette consultation porte sur le projet de décision et non sur le dossier administratif sur la base duquel le projet a été élaboré.

Dès lors que cette consultation, qui a débuté le 7 février, est terminée depuis le 16 mars 2006, ce n'est effectivement pas sur cette base que la présente action de BASE peut se fonder sauf à dire que cette consultation aurait été organisée en fraude de ses droits, créant un risque de préjudice grave et irréparable au sens de l'article 584 du Code judiciaire.

En l'espèce, cette consultation (dont Base n'a jamais demandé la prolongation) n'est qu'une étape dans un processus décisionnel qui peut être contrôlé « in fine » par la Cour d'Appel siégeant comme en référés.

En toutes hypothèses, le seul préjudice qui pourrait être allégué par BASE, en cas de poursuite du processus décisionnel ne constitue pas le préjudice grave et irréparable en droit requis justifiant notre saisine, BASE se bornant à affirmer que ses tarifs d'interconnexion couvrent 30% de son chiffre d'affaire et que le projet de décision mettrait en péril sa viabilité, sans autre précision.

-Quant à l'objet réel de la demande

BASE conteste se fonder sur loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration dès lors qu'elle déclare simplement être informée mais exercer utilement ses droits subjectifs fondamentaux, avec comme préalable la communication de l'intégralité des pièces nécessaires pour qu'elle se forge une opinion éclairée sur la décision envisagée à son égard

De manière assez contradictoire, ses courriers adressés à l'IBPT font cependant tous référence à cette loi, de manière telle qu'il ne peut être reproché à l'IBPT d'avoir tenté de répondre à la demande de communication des pièces sur base de ladite loi du 11 avril 1994, ni d'avoir tenu compte notamment du caractère confidentiel de certaines pièces, auquel il est fait référence dans les dispositions légales

BASE invoque l'atteinte à son droit subjectif, suite à la communication incomplète du dossier ayant servi de base au projet de décision, tout en ne formulant une demande précise que par le dépôt de ses conclusions de synthèse le 24 avril 2006 (!).

Pour rappel, un administré est titulaire d'un droit subjectif à l'égard de l'autorité à deux conditions cumulées.

- il faut que la règle de droit lui attribue directement le pouvoir d'exiger de l'autorité un comportement déterminé (dans une situation de compétence liée) sans que cette autorité puisse exercer un pouvoir discrétionnaire

-il faut que l'administré ait un intérêt personnel à l'exécution d'une obligation déterminée découlant d'une règle de droit subjectif (Cass., 17 novembre 1994, J.T., 1995,p.316 et note Haubert)

Il ressort du dossier que BASE a été consultée préalablement, comme les autres acteurs du marché, selon une procédure prévue légalement et dans le délai prescrit de maximum deux mois, sur un **projet** de décision

Elle ne dispose actuellement pas d'un autre droit que celui de recevoir communication des pièces du dossier, sur base de la loi du 11 avril 2004 qu'elle n'invoque même pas à l'appui de sa demande !

En toutes hypothèses, les conséquences que BASE entend tirer de la communication ou de la non- communication des pièces (octroi d'un délai de 30 jours pour formuler des observations complémentaires et demandant visant à interdiction à l'IBPT de communiquer le dossier en l'état à la concertation du Conseil de la concurrence et/ou de prendre sur pied de l'article 55 §3 une décision qui la concerne) sortent du cadre de notre saisine dès lors qu'elles aboutiraient à accorder, au provisoire, plus de droits que le juge du fond pourrait accorder

En effet, le respect ou non de la loi du 11 avril 1994 ne peut avoir pour effet de suspendre ou même de retarder un processus décisionnel dont il n'est pas « établi »-ni même allégué qu'il se serait déroulé « prima facie » en fraude des droits de BASE et en contradiction avec la loi du 13 juin 2005.

La demande sera déclarée non fondée :

PAR CES MOTIFS,

Nous, C Hayez, juge désigné pour remplacer le président du tribunal de première instance de Bruxelles :

assisté de P -M Wansart, greffier adjoint délégué ;

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

Statuant au provisoire, contradictoirement.

Rejetant toutes conclusions autres plus amples ou contraires ,


Vu l'urgence alléguée;

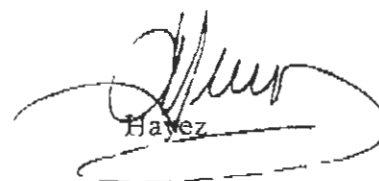
Déclarons la demande recevable mais non fondée .

En déboutons la partie demanderesse :

La condamnons aux dépens, liquidés pour la partie défenderesse au montant de 118,99 € et pour elle-même, à la somme de 188,78 € + 118,99 € ;

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique des référés du 18/5/06


Wansart


Hayez