

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,
18 CHAMBRE,

N°: 580

N°Rép.: 2010/2915

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N° 2008/AR/2211

EN CAUSE DE :

1. La **S.A. MOBISTAR**, dont le siège social est à 1140 BRUXELLES, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n° 0456.810.810 ;
2. La **S.A. KPN BELGIUM**, dont le siège social est établi à 1780 WEMMEL, avenue Reine Astrid 166, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n° 0463.193.905 ;

parties demandresses ;

représentées par Maîtres Alexandre VERHEYDEN, avocat à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165 et Philippe LECONTE, avocat à 1150 BRUXELLES, avenue du Paddock 167 ;

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT), organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1030 BRUXELLES, Ellipse Building – Bâtiment C, boulevard Albert II 35 ;
partie défenderesse ;

Chambre 18

Audience du 22
avril 2010

Arrêt déf.

✓ représentée par Maîtres Sebastien DEPRE et François VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

Par arrêt interlocutoire prononcé le 25 février 2010 la cour a ordonné la réouverture des débats sur un point précis et a invité l'IBPT à communiquer la réponse de BELGACOM du 12 mars 2008 sur la consultation nationale dans une version non confidentielle à l'intention de MOBISTAR et KPN Belgium et le cas échéant dans une version confidentielle et non confidentielle à l'intention de la cour pour le 19 mars 2010 au plus tard.

Le document en question a été transmis par l'IBPT aux parties requérantes et à la cour dans le délai imparti.

Des conclusions additionnelles après réouverture des débats ont été déposées par MOBISTAR et KPN BELGIUM le 1 avril 2010 et par l'IBPT le 2 avril 2010.

I. Antécédents et discussion

1. La cour a notamment jugé dans son arrêt interlocutoire du 25 février 2010 au considérant n° 42 : « *ni les Décisions Attaquées, ni les conclusions de l'IBPT ne permettent à la cour de contrôler si l'IBPT s'est basé sur des éléments objectifs et vérifiables pour affirmer que si BELGACOM avait investi dans des DSLAM 4bis supplémentaires équipés de cartes Multi-DSL, ceux-ci auraient été voués à rester presque inutilisés* ».

Selon l'IBPT, la demande de la cour de production d'une pièce concernant la question du taux de remplissage des DSLAM 4bis n'affecte pas la décision *one-time fees* (le coût de migration lié au changement de l'ADSL au ADSL 2+ et donc vers des cartes multi-DSL) mais seulement le surcoût lié à l'utilisation par BELGACOM de DSLAM 5 (décision *rental fees*), le choix entre DSLAM

4bis ou 5 n'ayant aucun effet sur ce coût de migration.

2. L'IBPT soutient que la demande en connexions ADSL 2+ dépassait en janvier 2008 les capacités existantes des DSLAM 4bis de BELGACOM.

A cet égard l'IBPT se réfère notamment aux informations concernant le taux de remplissage fournies par BELGACOM dans sa réaction du 12 mars 2008 à la consultation nationale, non accessibles à MOBISTAR et KPN Belgium, ni à la cour. En conclusions de synthèse l'IBPT a confirmé en page 18 que « *à l'heure actuelle, les DSLAM release 4bis de Belgacom sont presque remplis* ». L'IBPT se réfère encore explicitement à la pièce 62 de son dossier (page 18, tableau 1 Réaction de Belgacom à la consultation nationale) pour affirmer l'occupation des DSLAM 4bis de BELGACOM en date de janvier 2008 et pour en déduire « *qu'il n'aurait pas été possible pour BELGACOM, même si elle avait été efficace, d'offrir ADSL 2+ à tous les nouveaux clients à partir des DSLAM 4bis, dès lors qu'il n'y pas assez de place sur ceux-ci* ».

3. L'IBPT affirme également dans ses conclusions de synthèse (page 16) : « *Il aurait été improductif de la part de Belgacom de continuer à installer des DSLAM release 4bis sur son réseau, voués à rester presque vides, uniquement pour diminuer les tarifs applicables aux opérateurs alternatifs* ».

4. En conclusions déposées après l'arrêt du 25 février 2010 (page 5), l'IBPT insiste sur le fait que son calcul du surcoût lié à l'utilisation de l'équipement DSLAM 5 de BELGACOM n'est pas uniquement basé sur les chiffres provenant de BELGACOM mais aussi sur des prévisions fournies par les OLO qui lui permettent de déterminer le niveau de remplissage attendu. Le coût du matériel dépend notamment du taux de remplissage, affirme encore l'IBPT.

De son évaluation des taux de remplissage respectif des DSLAM 4bis existants (aux alentours de 90%) et DSLAM 5 (beaucoup plus faibles), l'IBPT déduit qu'il aurait été (i) impossible de fournir l'ADSL 2+ à tous les OLO sur

les DSLAM 4bis existants et (ii) qu'à demande égale l'utilisation des DSLAM 5 existants était économiquement plus efficace que l'installation de nouvelles DSLAM 4bis. L'IBPT estime en effet que de nouveaux DSLAM 4bis auraient été remplis marginalement en tenant compte de la faible demande des OLO pour l'ADSL 2+ et du fait que BELGACOM n'aurait pas utilisé des nouveaux DSLAM 4bis pour ses propres clients.

5. Somme toute, l'IBPT estime que la réaction de BELGACOM à la consultation nationale contient peu d'éléments permettant de répondre à la question de la cour à propos du taux de remplissage de DSLAM 4bis additionnels et que la cour disposait déjà de la réaction de BELGACOM dans le dossier administratif.

6. MOBISTAR et KPN Belgium reprochent à l'IBPT de leur avoir transmis une version non confidentielle de la réaction de BELGACOM qui ne leur permet pas de prendre position sur la question de la cour à cause du fait que les informations pertinentes ont été occultées au titre de protection de secrets d'affaires. Elles doutent également que les informations dans la réaction de BELGACOM fournissent la réponse à la question de la cour. Finalement, elles mettent en doute la fiabilité des données produites par BELGACOM et non vérifiées par l'IBPT.

II. Décision de la cour

7. MOBISTAR et KPN ont déposé un deuxième écrit de conclusions après l'expiration du délai leur imparti par la cour. Elles y indiquent que l'IBPT a déposé de nouvelles pièces en annexe de ses dernières conclusions et estiment qu'elles doivent pouvoir y répondre, raison pour laquelle elles demandent un délai complémentaire pour conclure.

La cour a fixé les limites de la réouverture des débats et ne peut avoir égard à d'autres nouvelles pièces que celle dont elle a demandé la communication. Dès lors, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande formulée par MOBISTAR

et KPN Belgium.

D'autre part, la cour ne peut avoir égard non plus aux éléments contenus dans les conclusions de l'IBPT qui dépassent le cadre de la question formulée par la cour.

8. La cour constate tout d'abord que le dossier administratif tel qu'initialement déposé ne contient pas la pièce 62 à laquelle l'IBPT se réfère à la page 25 de ses conclusions de synthèse.

9. Il ressort de l'ensemble des éléments auxquels la cour peut avoir égard que l'IBPT s'est notamment basé sur des données chiffrées strictement confidentielles et unilatérales provenant de BELGACOM pour déterminer la capacité et les taux de remplissage des DSLAM 4bis et 5 existants de BELGACOM.

En ce qui concerne l'affirmation qu'il aurait été moins efficace d'investir dans des DSLAM 4bis additionnels que d'utiliser les DSLAM 5 existants pour satisfaire la faible demande en ADSL 2+ de la part des OLO, l'IBPT se base en outre sur les prévisions soumises par les OLO et sur un raisonnement technico-économique (pages 9 à 10 des conclusions après l'arrêt du 25 février 2010). Il n'y a pas de raison de douter du caractère objectif et vérifiable de ces prévisions ni du caractère bien-fondé du raisonnement suivi par l'IBPT. Les requérantes ne le contestent d'ailleurs pas.

En revanche, dans la mesure où l'IBPT se réfère au faible taux de remplissage des DSLAM 5 et affirme que BELGACOM n'utiliserait pas des DSLAM 4bis additionnels pour ses propres clients, il est clair que l'IBPT base son raisonnement également sur des données et des affirmations unilatérales provenant de BELGACOM.

Elle soutient encore que « à demande égale, et dès lors que le coût de location des DSLAM est étroitement lié à leur taux de remplissage, il est plus

efficace de fonctionner avec moins de DSLAM, et donc sur base des DSLAM release 5 déjà existants ». Par ce raisonnement basé sur le caractère indivisible des DSLAM installés dans les LEX de BELGACOM et la surcapacité créée par des DSLAM 4bis additionnels éventuels, l'IBPT précise qu'en général l'investissement dans des DSLAM 4bis additionnels ne serait pas efficace tant que les DSLAM 5 ne sont pas saturés.

Ni le document additionnel déposé par l'IBPT à la demande de la cour, ni les explications fournies dans ses conclusions après l'arrêt interlocutoire ne permettent davantage à la cour de contrôler si des données indispensables sur lesquelles la décision *rental fees* repose pour affirmer que les DSLAM 4bis supplémentaires équipés de cartes Multi-DSL auraient été voués à rester presque inutilisés, sont basées sur des éléments objectifs et vérifiables (taux de remplissage des DSLAM existants).

Dans ces circonstances, la cour estime que la décision *rental fees* est basée sur une motivation inadéquate. Il appartient en effet à l'IBPT, en particulier lorsqu'il s'agit de données sur lesquelles la décision repose mais qui sont considérées comme strictement confidentielles par l'IBPT et dès lors ne sont pas soumises à la contradiction, de préciser au moins comment il apprécie et par quels moyens il s'assure de l'objectivité et de la fiabilité de données unilatérales provenant de BELGACOM.

10. Il s'ensuit que la Décision du Conseil de l'IBPT du 25 juin 2008 concernant la *rental fee* pour BROBA ADSL 2+ doit être annulé pour défaut de motivation adéquate.

Il y a également lieu de mettre les dépens à charge de l'IBPT.

S'agissant d'un litige dont le montant n'est pas évaluable en argent, le montant de l'indemnité de procédure est égal au montant de base de 1.200 EUR en vertu de l'article 3 de l'AR du 26 octobre 2007, pris en exécution de la loi du 21 avril 2007.

PAR CES MOTIFS**LA COUR,**

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

Statuant contradictoirement,

Déclare les recours partiellement fondés ;

Annule la Décision du Conseil de l'IBPT du 25 juin 2008 (*rental fees*) pour BROBA ADSL 2+.

Déboute les requérantes de leur demande pour le surplus.

Condamne l'IBPT au paiement aux requérantes d'une indemnité de procédure de 1.200 EUR.

Condamne l'IBPT aux autres dépens de l'instance taxés à 186 EUR (mise au rôle) dans le chef des requérantes.



Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la **chambre 18** de la Cour d'appel de Bruxelles le **22 avril 2010**,

Où étaient présents :

- Mr. P. BLONDEEL,
- Mme. S. GADEYNE,
- Mr. E. BODSON,
- Mme D. VAN IMPE,

président de chambre,
conseiller,
conseiller,
greffier.



VAN IMPE



BODSON



GADEYNE



BLONDEEL