

N°: 750 G.

R.G. N°: 2010/AR/2003  
2010/AR/2005  
2010/AR/2290  
2010/AR/2291  
2010/AR/2303  
2010/AR/2314

N° rép.: 2012/3704

**LA COUR d'APPEL DE BRUXELLES**  
**18<sup>ème</sup> chambre,**

siégeant en matière civile,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

**Cause I : 2010/AR/2003**

**EN CAUSE DE :**

**KPN GROUP BELGIUM S.A.**, dont le siège social est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0462.925.669, partie requérante,

représentée par Maître VERHEYDEN Alexandre, Maître DESMEDT Yvan et Maître DE MUYTER Laurent, avocats à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165.

**CONTRE :**

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TÉLÉCOMMUNI-  
CATIONS, en abrégé I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

représentée par Maître DEPREE Sébastien et Maître VISEUR François, avocats Philippe & Partners au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 et Maître MAXWELL Winston, avocat au barreau de Paris, dont le cabinet est établi à (75116) Paris (France), avenue Kléber 6.

**PARTIES INTERVENANTES**

**1. BELGACOM S.A.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 27, partie intervenante,

ayant pour conseils Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, de LOPHEM Evrard, ALDERWEIRELDT Romain et FROIDMONT Joëlle, avocats dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26.

Arrêt interlocutoire  
du 16 mai 2012

Question préj.

2. **MOBISTAR S.A.**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810, partie intervenante,

assistée et représentée par Maître VAN GERVEN Yves et Maître VALLERY Anne, avocats dont le cabinet est établi à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13.

**Cause II : 2010/AR/2005**

**EN CAUSE DE :**

**MOBISTAR S.A.**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810, partie requérante,

assistée et représentée par Maître VAN GERVEN Yves et Maître VALLERY Anne, avocats dont le cabinet est établi à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13.

**CONTRE :**

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, en abrégé I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

ayant pour conseils Maître DEPPE Sébastien et Maître VISEUR François, avocats Philippe & Partners au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 et Maître MAXWELL Winston, avocat au barreau de Paris, dont le cabinet est établi à (75116) Paris (France), Avenue Kléber 6.

**PARTIES INTERVENANTES**

1. **BELGACOM S.A.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 27, partie intervenante,

ayant pour conseils Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, de LOPHEM Evrard, ALDERWEIRELDT Romain et FROIDMONT Joëlle, avocats dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26.

2. **KPN GROUP BELGIUM S.A.**, dont le siège social est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0462.925.669, partie intervenante,

représentée par Maître VERHEYDEN Alexandre, Maître DESMEDT Yvan et Maître DE MUYTER Laurent, avocats au barreau de Bruxelles dont le cabinet est établi à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165.

**Cause III : 2010/AR/2290**

**EN CAUSE DE :**

**BELGACOM S.A.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 27, partie requérante,

ayant pour conseils Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, de LOPHEM Evrard, ALDERWEIRELDT Romain et FROIDMONT Joëlle, avocats dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26.

**CONTRE :**

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, en abrégé I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

ayant pour conseils Maître DEPRES Sébastien et Maître VISEUR François, avocats Philippe & Partners au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 et Maître MAXWELL Winston, avocat au barreau de Paris, dont le cabinet est établi à (75116) Paris (France) Avenue Kléber 6.

**Cause IV : 2010/AR/2291**

**EN CAUSE DE :**

**BELGACOM S.A.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 27, partie requérante,

ayant pour conseils Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, de LOPHEM Evrard, ALDERWEIRELDT Romain et FROIDMONT Joëlle, avocats dont le bureau est établi à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26.

**CONTRE :**

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, en abrégé I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

ayant pour conseils Maître DEPRE Sébastien et Maître VISEUR François, avocats Philippe & Partners au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 et Maître MAXWELL Winston, avocat au barreau de Paris, dont le cabinet est établi à (75116) Paris (France), Avenue Kléber 6.

**Cause V : 2010/AR/2303**

**EN CAUSE DE :**

**MOBISTAR S.A.**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810, partie requérante,

assistée et représentée par Maître VAN GERVEN Yves et Maître VALLERY Anne, avocats dont le cabinet est établi à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13.

**CONTRE :**

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, en abrégé I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

ayant pour conseils par Maître DEPRE Sébastien et Maître VISEUR, avocats Philippe & Partners au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 et Maître MAXWELL Winston, avocat au barreau de Paris, dont le cabinet est établi à (75116) Paris (France) avenue Kléber 6.

**Cause VI : 2010/AR/2314**

**EN CAUSE DE :**

**KPN GROUP BELGIUM S.A.**, dont le siège social est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0462.925.669, partie requérante,

ayant pour conseils Maître VERHEYDEN Alexandre, Maître DESMEDT Yvan et Maître DE MUYTER Laurent, avocats au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock 165.

**CONTRE :**

**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, en abrégé I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

représentée par Maître DEPRE Sébastien et Maître VISEUR François, avocats Philippe & Partners au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 et Me MAXWELL Winston, avocat au barreau de Paris, dont le cabinet est établi à (75116) Paris (France) Avenue Kleber 6.

\*\*\*\*\*

Arrêt de la cour d'appel relatif aux demandes d'annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 29 juin 2010 ***relative a la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le marche 7 de la liste de la recommandation de la commission européenne du 17 décembre 2007*** (Terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels), ci-après citée comme « la décision attaquée ».

**(A) La procédure devant la Cour.**

1. Suite aux requêtes introductives, déposées au greffe de la Cour en date des 14 juillet 2010, 12 août 2010, 13 août 2010 et 16 août 2010, et aux requêtes en intervention, la Cour a rendu deux arrêts interlocutoires les 14 septembre 2010 et 15 février 2011.

Par l'arrêt du 15 février 2011 la Cour a statué avant dire droit sur les demandes en suspension de la décision attaquée, qu'elle a rejetées. Cet arrêt a été rendu au provisoire suite à un examen *prima facie* de l'apparence de fondement des moyens invoqués et au vu des éléments dont la Cour disposait à ce stade de la procédure. Il n'a aucune autorité de chose jugée dans le cadre de la présente instance en ce qui concerne le fondement des moyens. La Cour procède donc à ce stade à un nouvel examen des moyens d'annulation qui lui sont soumis, *ab initio* et sans aucun préjugé qui découlerait des considérations de son arrêt du 15 février 2011.

2. Les parties ont conclu dans les délais fixés par la Cour sur les demandes en annulation introduites par les requérantes KPN et Mobistar ainsi que sur les recours incidents formés par ces dernières ainsi que par Belgacom.

3. Les parties ont été entendues aux audiences des 14, 15, 21 et 22 décembre 2011. L'affaire a ensuite été mise en délibéré le 10 janvier 2012 sur pied de l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire.

### **(B) L'objet de la décision attaquée.**

4. Les parties Belgacom (antérieurement « Belgacom Mobile », utilisant le nom commercial « Proximus »), Mobistar et KPN (antérieurement dénommée et utilisant encore le nom commercial « Base ») sont les trois opérateurs qui exploitent un réseau de télécommunications mobile sur le territoire belge.

Belgacom Mobile a commencé ses activités en 1994, Mobistar en 1996 en KPN en 1999.

Au titre de leurs activités en tant qu'opérateurs de réseau mobile, ils envoient également du trafic téléphonique vers les réseaux des autres opérateurs et payent pour ce faire des charges de « terminaison d'appel » à l'opérateur sur le réseau duquel l'appel aboutit chez le client appelé.

5. En ce qui concerne le cadre général réglementaire dans lequel la décision attaquée doit être située, la Cour renvoie à ce qui a été exposé

dans l'arrêt interlocutoire du 15 février 2011 rendu sur les demandes de suspension.

Il suffit à cet égard de rappeler que la décision, qui constitue une analyse de marché au sens de l'article 55 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (la « LCE »), fixe pour la période allant du 1<sup>er</sup> août 2010 au 31 décembre 2013 les mécanismes de régulation du marché de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles, étant le « marché 7 » défini par la Commission européenne dans sa recommandation du 17 décembre 2007.

6. Au cours du processus d'élaboration de la décision attaquée, le projet a été soumis à une consultation publique et les opérateurs ont communiqué leurs positions.

Le projet de décision a été communiqué au Conseil de la concurrence en application de l'article 55, § 4, de la LCE. Aux points 35 et 36 de son avis du 22 mai 2010 le Conseil indique qu'il partage le point de vue de l'IBPT au niveau de la définition du marché et de la dominance. Sur ce dernier point il exprime un regret au sujet de l'absence d'une décision de principe plus précise en termes de conditions et obligations imposées aux futurs opérateurs de réseau mobile. Ensuite il estime généralement que les remèdes tant tarifaires que non-tarifaires (points 37 à 53) sont conformes aux objectifs du droit de la concurrence.

7. Le projet a également été notifié à la Commission européenne le 28 mai 2010. L'IBPT a répondu le 10 juin 2010 à une demande d'information complémentaire, qui a été suivie le 25 juin 2010 par une décision de la Commission contenant des observations par lesquelles elle exprime sa satisfaction sur l'adoption de l'approche *LRIC-bottom up* et l'établissement d'un *glide path* vers la symétrie des tarifs, sous la réserve qu'elle encourage l'IBPT à accélérer la mise en œuvre dudit modèle de coûts.

Au regard de l'obligation de non-discrimination interne en ce qui concerne les prix, qui est maintenue pour un seul opérateur puissant, elle invite l'IBPT à réévaluer le risque de tarification discriminatoire et de subventions croisées aux différentes étapes du plan d'évolution si approprié.

8. Après avoir constaté que les trois opérateurs mobiles possèdent une position de puissance significative sur le marché pour la terminaison d'appels sur leur propre réseau, l'IBPT impose divers remèdes, dont le principal, qui fait l'objet du litige, consiste en un contrôle de prix en fonction de l'orientation sur les coûts pour chacun de ces opérateurs. L'autre remède porte sur une obligation de séparation comptable et de non-discrimination à charge de Belgacom.

Les prix de gros que les opérateurs sont tenus d'appliquer pour les prestations de terminaison des appels sont établis dans une première phase de la période régulée selon un niveau de coûts, correspondant au niveau LRAIC+ (*Long Run Average Incremental Cost + mark-up*), déterminé suivant un modèle de coûts « bottom up » basé sur les coûts réels des opérateurs. Le *mark-up* indique qu'en sus du niveau LRAIC sont également pris en compte des coûts communs et conjoints aux multiples services offerts par les opérateurs. Le concept de « coûts communs et conjoints » est explicité de la manière suivante dans la décision attaquée, à la note infrapaginale 105 : « On entend par "coût commun" une composante de coût qui ne présente aucun caractère de causalité avec des activités spécifiques de l'entreprise : un exemple typique est le cas des frais généraux de la société. Un "coût conjoint" est un coût requis pour la production de deux ou plusieurs outputs de l'entreprise visée. »

Dans une deuxième phase de cette période, qui a débuté le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et expire le 31 décembre 2012, les prix sont alignés progressivement suivant un « *glide path* » sur le niveau qui résulte de l'application du LRIC pur, ce qui signifie que seuls les coûts évitables liés au service de terminaison d'appel vocal fourni par un opérateur hypothétique efficace (OHE) sont pris en compte. Tous les coûts autres que ceux exclusivement nécessaires pour terminer l'appel venant de parties tierces, y compris les coûts liés au transport du trafic du même réseau que celui sur lequel l'appel se termine, sont exclus.

9. Le choix de la méthode LRIC est principalement inspiré par la recommandation de la Commission européenne du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'Union européenne (document 2009/396/CE).

Il a pour effet qu'au terme de la deuxième phase de la période régulée les prix imposés reflètent l'application pure de la méthodologie LRIC, ce qui mène à un tarif symétrique pour les trois opérateurs de 1,08 centimes par minute à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013.

La baisse des prix de gros pendant la période régulée se présente comme suit :

	(avant)	1/8/2010	1/1/2011	1/1/2012	1/1/2013
Belgacom	(7,20)	4,52	3,83	2,46	1,08
Mobistar	(9,02)	4,94	4,17	2,62	1,08
KPN	(11,43)	5,68	4,76	2,92	1,08

**(C) Aperçu général des moyens et des positions des opérateurs.**

**(a) Quant à Mobistar.**

10. Mobistar émet d'amples considérations sur la recommandation 2009/396/CE du 7 mai 2009 de la Commission européenne, qu'elle critique sous les angles économique et juridique en ce qu'elle prône une méthode de calcul fondée sur les coûts différentiels à long terme (LRIC) prospectifs purs, car elle ne serait en cela pas conforme au cadre réglementaire européen et notamment à l'article 13 de la directive 2002/19/EC du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), qui impose des tarifs orientés sur les coûts.

Elle souligne notamment que cette recommandation n'a pas de caractère contraignant en vertu de l'article 288 du TFUE et exprime simplement l'opinion de la Commission européenne. L'article 19.1 de la directive 21/2002/EG du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), prescrivant que les ARN doivent « tenir le plus grand compte » des recommandations, ne rendrait celles-ci en rien contraignantes, si bien que la Cour pourrait écarter la recommandation du 7 mai 2009.

Au cas où la Cour devrait estimer qu'il y a lieu de solliciter des clarifications par voie de question préjudicielle à la CJUE, Mobistar propose une question qui selon elle ne peut pas porter sur la validité de ladite recommandation, mais uniquement sur le point de savoir si l'article 13 de la directive « accès » lu en combinaison avec l'article 8 de cette directive et avec l'article 8 de la directive « cadre » s'opposent à ce qu'un opérateur mobile de l'appelé ne puisse recouvrer par le biais de son tarif de terminaison d'appel régulé qu'une faible partie de ses coûts encourus pour fournir ce service régulé.

11. S'agissant du processus décisionnel qui a mené à la décision attaquée, Mobistar objecte qu'il est vicié en raison de la violation des dispositions légales nationales relatives à la répartition des compétences en matière de télécommunications et d'audiovisuel.

En application 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 d'une 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 », l'IBPT aurait été tenu de soumettre au préalable son projet de décision aux régulateurs communautaires de l'audiovisuel.

Elle indique qu'en raison des offres combinées qui comprennent des services de téléphonie mobile pour lesquels des prestations de gros de terminaison ont lieu, les régulateurs de l'audiovisuel devaient pouvoir s'exprimer sur l'élément de tarification forfaitaire qui aura une incidence sur la tarification des services audiovisuels inclus dans ce forfait.

12. En deuxième lieu Mobistar soutient que si le régulateur a procédé à la définition, la caractérisation et l'analyse d'un marché de détail en vue de détecter une défaillance concurrentielle – ce qui constitue un préalable à l'imposition d'un remède de gros – il a commis une erreur manifeste d'appréciation dans ce processus de définition, caractérisation et analyse.

A cet égard, l'IBPT aurait également violé le cadre réglementaire et son obligation de motivation.

Le régulateur aurait notamment omis de prendre en compte les évolutions importantes du marché depuis sa dernière analyse, qui avait précédé l'adoption de sa décision du 11 août 2006. Les conditions actuelles et prospectives et les évolutions commerciales et technologiques ne seraient dès lors pas analysées.

13. Le premier point soulevé à cet égard concerne la perspective d'avenir du marché de détail de la téléphonie belge qui se trouverait être beaucoup plus compétitif que constaté par l'IBPT. Cette allégation reposerait sur des indices relatifs à l'interpénétration croissante du marché de détail mobile, à l'évolution à la baisse des prix de téléphonie mobile au détail, à la convergence entre les services fixes et mobiles, à la concurrence croissante entre opérateurs fixes et mobiles et au lancement d'offres combinées.

Le second point concerne l'appréciation erronée de la justification des remèdes imposés. L'application du remède LRIC pur aurait des effets profondément anticoncurrentiels dans les relations entre opérateurs mobiles et fixes, au profit de l'opérateur fixe historique et des câblo-opérateurs historiques. A défaut d'analyse du segment émergent du marché de détail des offres convergentes, il ne pouvait être remédié à une prétendue défaillance concurrentielle y relative par l'imposition d'un remède de gros.

14. Ensuite, Mobistar argue que le choix de la méthodologie LRIC pure de calcul des coûts pour la régulation des tarifs viole le cadre réglementaire en ce qu'il serait contraire à la promotion d'une saine concurrence et à la protection du consommateur, ainsi qu'aux principes de proportionnalité et d'orientation sur les coûts.

L'essentiel de cette critique repose sur la thèse que la méthode LRIC ne vise pas à réduire les tarifs de terminaison afin que ceux-ci ne soient pas excessifs par rapport aux coûts réels efficaces de l'opérateur concerné, dès lors que la référence aux coûts évitables est une méthode qui vise à déterminer un prix en-deçà duquel un prix devient anticoncurrentiel en raison de son caractère prédateur.

A cet égard elle indique notamment que l'interdiction de recouvrer une proportion raisonnable des coûts communs (coûts sans lien de causalité avec le service mais que l'opérateur doit supporter) et conjoints (coûts ayant un lien de causalité avec plusieurs services fournis, mais ne pouvant être attribués à un de ces services) prévue par la décision viole l'article 13 de la directive « accès » qui consacre le principe de l'orientation sur les coûts, qui impose de tenir compte des investissements réalisés et de permettre une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé.

Elle argue en particulier que l'exclusion des coûts de couverture et de spectre qui constituent manifestement des coûts de réseau liés au trafic encouru pour fournir le service de terminaison d'appel, repose sur une erreur manifeste d'appréciation, l'activité de télécommunication mobile n'existant pas sans ces coûts.

Le choix de cette méthode imposerait à Mobistar de vendre ses services de terminaison à perte, sans lien aucun avec des défaillances concurrentielles identifiées, et violerait de ce chef le principe d'orientation sur les coûts, outre le principe d'efficacité économique et de l'approche verticalement désintégrée des services régulés.

Elle critique le choix de la méthode LRIC également au regard des principes de proportionnalité et de non-discrimination et de l'obligation de motivation.

15. Un moyen relatif aux modalités du contrôle des prix fait grief à la décision attaquée de ne pas prendre en compte le spécificité de la position concurrentielle de Mobistar par rapport à celle de Belgacom. Mobistar argue que sa position est fondamentalement différente et que le marché de la téléphonie présente des asymétries endogènes qui excluent la possibilité d'appliquer la méthode LRIC pure.

Elle soutient ensuite que le plan pluriannuel viole les principes de non-discrimination, de proportionnalité et de sécurité juridique. Le rythme du *glide path* est identique pour les trois opérateurs alors que les situations sont différentes. La proportionnalité requiert selon elle que le régulateur opte pour le moyen le plus restrictif pour atteindre son but, or la décision a imposé un changement entier du cadre dans le mois. L'imposition

immédiate du LRAIC+ ne se justifierait pas et l'introduction de la méthode LRIC serait réalisée au terme d'une période trop courte.

Un alignement des tarifs de terminaison violerait également les objectifs du cadre réglementaire en ce que ceux-ci comportent la promotion d'une concurrence non faussée et la protection du consommateur, ainsi que le principe de non-discrimination.

Elle en conclut que seule l'asymétrie est appropriée étant donné que la symétrie reflète la situation d'un marché parfaitement concurrentiel, situation qui n'est pas acquise en raison des avantages persistants de l'opérateur historique.

16. Un dernier moyen porte sur le retrait de l'obligation de séparation comptable et de non-discrimination à partir de 2013, mesure qui ne serait pas suffisamment motivée.

A cet égard Mobistar soutient qu'eu égard à la finalité de la mesure de non-discrimination interne relative aux aspects tarifaires, qui consiste à assurer l'application de prix de transfert interne – d'où également l'obligation de séparation comptable – la décision n'explique pas pourquoi les risques de discrimination interne disparaîtront une fois le nouveau système de régulation mis en place.

(b) **Quant à KPN.**

17. KPN présente deux moyens d'annulation et soutient par ailleurs le moyen de Mobistar qui porte sur l'absence d'analyse suffisante du marché de détail.

Le premier moyen est tiré de l'illégalité du *glide path* accordé à Mobistar et Belgacom, le second moyen porte sur l'illégalité du modèle LRAIC+.

Le premier moyen repose sur trois griefs : la violation de l'obligation de motivation, du principe de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité, qui s'opposeraient aux motifs retenus par la décision à savoir l'effet disruptif de l'application immédiate du tarif LRIC pur, les conséquences perverses dans les rapports avec les opérateurs étrangers et la pratique généralisée des ARN d'octroyer un *glide path*.

Le deuxième moyen déduit l'illégalité du modèle LRAIC+ des estimations erronées de volumes de trafic par service par opérateur. Ces volumes constituent une des trois caractéristiques du modèle LRAIC+, les deux autres caractéristiques du modèle étant que les coûts incrémentaux incluent une partie des coûts communs et conjoints et qu'il est basé sur les coûts réels de chaque opérateur.

L'IBPT aurait surestimé l'évolution du trafic mobile et du trafic « mobile data » mais sous-estimé la distribution asymétrique des parts de marché (au détriment de KPN) et aurait également omis de déduire le trafic « fixe vers mobile » de Belgacom.

18. A l'appui du premier moyen il est argué d'abord que l'IBPT n'a pas effectué une analyse *in concreto* de la situation des opérateurs d'où il pourrait être déduit que l'octroi d'un *glide path* – qui est une mesure d'exception – se justifie. Ensuite KPN soutient que l'IBPT ne fournit aucune preuve pour démontrer le prétendu effet disruptif de l'application immédiate des tarifs LRIC pour Belgacom et Mobistar, nonobstant ses demandes répétées adressées au régulateur à ce sujet, et que l'application d'un tarif LRIC pur ne comporte pas d'effet disruptif pour ces opérateurs.

KPN ajoute que le *glide path* est préjudiciable pour le consommateur et le développement de la concurrence.

(c) **Quant à Belgacom.**

19. Tout d'abord Belgacom rappelle en général que l'approche suivie par l'IBPT est conforme à celle suivie par maints régulateurs dans l'Union européenne et que la méthodologie LRIC pure a déjà été mise en place par plusieurs autorités nationales, alors que d'autres s'y sont engagées vis-à-vis de la Commission européenne.

Elle observe également que la symétrie tarifaire est recommandée par la Commission européenne (document 2009/396/CE du 7 mai 2009) et par le BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) et qu'il n'y a dans toute l'Union européenne pas un seul exemple d'une autorité de régulation qui n'ait pas mis en place un *glide path* afin de permettre aux opérateurs de s'adapter graduellement à la nouvelle

situation, pas plus qu'il n'y a pas une seule autorité de régulation qui ait exclu l'opérateur historique de ce remède graduel.

A cet égard elle ne manque pas d'indiquer que dans ses observations du 8 juin 2010 (document BE/2010/1086) formulées à la suite de la notification du projet de décision attaquée, la Commission européenne n'a émis aucune critique sur le *glide path* accordé à Belgacom, ni sur le principe, ni sur ses modalités. Le Conseil de la concurrence a de son côté émis un avis avalisant les principes suivis par l'IBPT.

20. A l'argument tiré de la violation de la répartition des compétences, Belgacom rétorque que le service de terminaison d'appel concerne uniquement la téléphonie vocale, sans aucun rapport avec la transmission de données de quelque nature que ce soit, d'où elle conclut que l'Accord de coopération ne s'applique pas.

Elle fait état d'un arrêt du 4 décembre 2009 de la Cour de cassation confirmant que les appels vocaux constituent un service de télécommunication au sens strict, qui n'implique aucun service de radiodiffusion ou de télévision.

21. Au sujet de l'argument de Mobistar tiré de l'article 19 de la directive « cadre » en ce qu'il renvoie à des recommandations de la Commission européenne et plus spécialement au défaut de caractère contraignant alors que ledit article prescrit que les ARN sont tenues d'en tenir le plus grand compte dans l'exercice de leurs tâches, elle indique qu'en raison de la jurisprudence de la CJUE, ces normes de droit communautaire s'imposent aux juges nationaux.

Elle ajoute que le cour ne pourrait mettre en doute la validité de la recommandation et en écarter l'application sans interroger au préalable la CJUE, qui est dotée d'une compétence exclusive pour décider sur la validité d'un acte pris par une institution communautaire.

22. Par voie d'intervention dans chacun des recours, Belgacom formule des répliques circonstanciées à chacun des griefs émis par KPN et Mobistar.

Au cas où ses réponses ne devraient néanmoins pas convaincre et où la Cour inclinerait à faire droit à tout ou partie des demandes principales ou en intervention, elle insiste sur le caractère indissociable de l'ensemble de la décision attaquée, dont l'équilibre serait anéanti si certaines obligations étaient annulées pour un opérateur mais subsistaient pour un autre.

**(D) Les demandes.**

23. Mobistar demande de mettre à néant la décision attaquée dans son intégralité ou à tout le moins pour ce qui concerne la fixation des tarifs de terminaison d'appels mobiles et le système de comptabilisation des coûts, à tout le moins en ce qui concerne Mobistar.

Relativement à l'intervention de KPN dans son recours, elle demande de la déclarer irrecevable en ce qu'elle vise à faire annuler le plan pluriannuel fixé pour Mobistar.

En ce qui concerne le recours incident de KPN, Mobistar demande de le déclarer non fondé en ce qu'il tend à faire rejeter son recours en ce qu'il conteste le choix de la méthode LRIC pur pour réguler les tarifs de terminaison de Mobistar.

Pour ce qui concerne l'intervention de Belgacom, elle conclut à ce qu'elle soit déclarée non fondée.

Quant au recours introduit par KPN, elle demande de déclarer son intervention fondée et d'une part de rejeter ce recours en ce qu'il tend à faire déclarer illégal le plan pluriannuel accordé à Mobistar et d'autre part de déclarer ce recours fondé en ce qu'il vise l'illégalité de l'application par l'IBPT du modèle LRAIC+, mais sur la base de ses propres motifs.

Par ailleurs elle demande de déclarer son recours incident recevable et fondé et à titre subsidiaire, si la Cour prononce l'annulation, même partielle, de la décision attaquée sur la base des moyens de KPB GB, elle demande d'étendre cette annulation à l'ensemble des opérateurs.

24. KPN demande, dans le cadre de son propre recours principal, de déclarer celui-ci fondé et de mettre à néant la réglementation tarifaire imposée à Belgacom, Mobistar et KPN.

En ordre subsidiaire elle demande d'annuler la réglementation tarifaire applicable à Belgacom, Mobistar et KPN entre le 1<sup>er</sup> août 2010 et le 31 décembre 2012 en ce que la première étape du *glide path* est basée sur un modèle de coûts LRAIC+ illégal.

Dans le cadre de son intervention dans le recours de Mobistar, elle demande de rejeter ce recours en ce qu'il conteste le choix d'un modèle LRIC pur mais d'y faire droit en ce qu'il conteste, concernant le modèle LRAIC+, (i) l'absence de caractérisation du marché de détail, (ii) la neutralisation artificielle des différences objectives entre opérateurs et (iii) la symétrie tarifaire, et par conséquent d'ordonner l'annulation de la décision contestée.

En tout état de cause elle postule que l'annulation éventuellement prononcée au bénéfice de Mobistar soit étendue aux obligations imposées à KPN.

25. Belgacom demande de déclarer son intervention recevable et fondée dans les deux recours et de déclarer à tout le moins les demandes formulées par KPN et Mobistar non fondées.

A titre subsidiaire, si la Cour devait décider d'annuler certains aspects de la décision contestée, elle demande d'étendre l'annulation au bénéfice de chacun des destinataires de ladite décision.

26. L'IBPT conclut à ce que la Cour déclare les requêtes en intervention partiellement irrecevables et en tout cas non fondées.

Il répond à chacun des points de critique formulés à l'encontre de sa décision et demande de rejeter toutes les demandes d'annulation.

**(E) Le cadre réglementaire général.**

27. Les dispositions légales au niveau européen sur lesquelles repose la décision attaquée font partie de trois des quatre directives adoptées le 7 mars 2002 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne.

Il s'agit des directives 2002/19/CE (directive « accès ») et 2002/21/CE (directive « cadre »). Ces directives ont été modifiées par les directives 2009/136/CE et 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, qui sont entrées en vigueur le 18 décembre 2009. Le délai pour transposer ces directives modificatives en droit national est écoulé depuis le 25 mai 2011 sans que le législateur fédéral ni le législateur communautaire flamand n'aient entrepris le nécessaire à cette fin.

De ce même cadre normatif européen font également partie la directive 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, les lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03), ainsi que les recommandations de la Commission européenne des 17 décembre 2007 et 7 mai 2009.

La recommandation du 17 décembre 2007 (2007/879/CE) concerne les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*.

Le recommandation du 7 mai 2009 (2009/396/CE) porte sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'Union européenne.

28. Dans sa recommandation 2007/879/CE du 17 décembre 2007, la Commission européenne a identifié sept marchés relevant du secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier une régulation *ex ante* en exécution de la version initiale de l'article 15 de

la directive « cadre » (actuellement modifiée par l'article 17 de la directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009).

L'article 19, paragraphe 1<sup>er</sup>, de cette même directive disposait dans sa version initiale que « lorsque la Commission, statuant conformément à la procédure visée à l'article 22, paragraphe 2, adresse des recommandations aux Etats membres relatives à l'harmonisation de la mise en oeuvre des dispositions de la présente directive et des directives particulières dans la poursuite des objectifs établis à l'article 8, les Etats membres veillent à ce que les autorités nationales tiennent le plus grand compte de ces recommandations dans l'exercice de leurs tâches ».

Depuis sa modification par l'article 21 de ladite directive 2009/140/CE, le paragraphe 1<sup>er</sup> a été remplacé par une autre disposition et l'ancien paragraphe 1<sup>er</sup> est devenu le paragraphe 2, dans les termes suivants :

*1. Sans préjudice de l'article 9 de la présente directive et des articles 6 et 8 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisation »), lorsque la Commission constate que des divergences dans l'accomplissement, par les autorités réglementaires nationales, des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive et les directives particulières peuvent faire obstacle au marché intérieur, elle peut, en tenant le plus grand compte de l'avis émis par l'ORECE, publier une recommandation ou une décision sur l'application harmonisée des dispositions de la présente directive et des directives particulières afin de poursuivre les objectifs énoncés à l'article 8.*

*2. Lorsque la Commission formule une recommandation en application du paragraphe 1, elle statue conformément à la procédure de consultation visée à l'article 22, paragraphe 2. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de ces recommandations dans l'accomplissement de leurs tâches. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale choisit de ne pas suivre une recommandation, elle en informe la Commission en communiquant la motivation de sa position.*

29. Dans sa recommandation 2009/396/CE du 7 mai 2009 la Commission européenne recommande que les ARN fixent les tarifs de terminaison d'appel en fonction des coûts encourus par un opérateur efficace, ce qui implique des tarifs symétriques.

Elle préconise de fonder le calcul des coûts efficaces sur les coûts actuels et de recourir à une approche de modélisation ascendante (*bottom up*) basée sur les coûts différentiels à long terme (LRIC). Ceci n'empêche pas pour autant que les ARN comparent les résultats de l'approche de modélisation ascendante avec ceux d'un modèle descendant qui utilise des données vérifiées afin de contrôler les résultats et d'accroître leur fiabilité, et procèdent en conséquence aux ajustements nécessaires.

La recommandation indique les différentes catégories de coût envisagées comme suit :

- a) les « coûts différentiels » étant les coûts qui peuvent être évités lorsqu'une prestation supplémentaire précise n'est plus fournie (également appelés « coûts évitables ») ;
- b) les « coûts liés au trafic » étant tous les coûts fixes et variables qui augmentent avec le niveau de trafic.

La Commission explique ensuite que le modèle LRIC calcule la différence entre les coûts totaux à long terme d'un opérateur fournissant sa gamme complète de services et les coûts totaux à long terme de cet opérateur lorsqu'il n'y a pas fourniture en gros du service de terminaison d'appel à des tiers. Dans cette approche les coûts non liés au trafic doivent être ignorés. Seuls les coûts qui seraient évités si un service de terminaison d'appel vocal en gros n'était plus fourni à des tiers doivent être attribués aux services réglementés de terminaison d'appel vocal.

30. Au niveau national, la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques transpose en droit belge notamment les directives précitées dans leur version initiale.

Il est à remarquer que la LCE n'a pas transposé par une disposition spécifique les prescrits de la directive « cadre » relatifs aux obligations de tenir le plus grand compte des recommandations et des lignes directrices

de la Commission européenne (ceci à l'opposé p.ex. du législateur britannique : Communications Act du 17 juillet 2003 – section 79.2 et 3). Toutefois, l'exposé des motifs relatif à l'actuel article 54 de la LCE y renvoie.

L'article 62 de la LCE précise que lorsqu'une obligation d'orientation en fonction des coûts est imposée à un opérateur, « les coûts pris en compte sont les coûts liés à la fourniture d'une prestation efficace, y compris un retour sur investissement raisonnable ».

Les notions d'orientation des prix en fonction des coûts et de prestation efficace ne sont toutefois pas définies par le législateur national, ni par le cadre réglementaire européen.

**(F) Discussion.**

**(1) *L'absence de consultation des régulateurs de l'audiovisuel.***

31. Mobistar reproche à l'IBPT de ne pas avoir consulté, avant l'adoption de la décision attaquée, les régulateurs de l'audiovisuel (Vlaamse Regulator voor de Media, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel et Medienrat), et d'avoir ainsi violé l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'article 14, § 2, 5°, de la loi relative au statut de l'IBPT, ainsi que l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral et les Communautés relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques.

Mobistar affirme en effet que les services de terminaison d'appels vocaux sont liés à l'audiovisuel, vu le développement commercial des offres *multiple play* incluant à la fois la téléphonie mobile et la télévision.

32. L'IBPT invoque l'irrecevabilité du moyen, Mobistar étant censée y avoir renoncé. Le moyen figurait dans la requête en annulation de Mobistar, n'apparaissait plus dans ses conclusions du 3 juin 2011, et a été réintroduit dans ses conclusions de synthèse du 14 novembre 2011. L'IBPT invoque également que cette volte-face dans la présentation de

l'argumentation de Mobistar ne lui a pas permis de répondre adéquatement au moyen et a violé ses droits de la défense.

Les questions de répartition de compétences soulevées par le moyen sont d'ordre public. Une éventuelle renonciation au moyen serait en toute hypothèse sans effet, la Cour étant le cas échéant tenue de l'examiner d'office. L'IBPT a par ailleurs eu l'occasion de répondre au moyen dans ses propres conclusions de synthèse et en plaidoirie, de sorte que ses droits de la défense n'ont pas été affectés.

33. La décision attaquée examine la nécessité de consulter les régulateurs de l'audiovisuel (n° 77 à 79) et aboutit à la conclusion suivante :

*[O]n aperçoit mal comment le service de terminaison des appels vocaux de téléphonie mobile aurait un lien quelconque avec la radiodiffusion ou la télévision. La circonstance que la terminaison sur les réseaux mobiles de troisième génération, davantage à vocation multimédia, soit également régulée par la présente décision importe peu étant donné que la régulation ne porte que sur les appels vocaux, à l'exclusion des données de quelque nature qu'elles soient. La décision, qui n'implique aucun service de radiodiffusion mais uniquement de télécommunications, n'est par conséquent pas visée par l'obligation de coopération imposée par la jurisprudence constitutionnelle.*

34. L'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles classe la radiodiffusion et la télévision parmi les compétences exclusives des Communautés. Les autres formes de télécommunication relèvent de l'autorité fédérale, en vertu de son pouvoir résiduaire.

L'article 14, § 2, 5°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs postes et télécommunications dispose que l'IBPT peut uniquement prendre des dispositions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les Communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec celles-ci. L'Accord de coopération en question a été conclu le 17 novembre 2006 (*M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75371) et

approuvé par les parlements de l'État fédéral et de chacune des Communautés, ce qui lui donne une force juridique équivalente à celle d'une loi ou d'un décret.

Cet Accord a été adopté en réponse à un arrêt de la Cour d'arbitrage (C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004), dont la motivation a été abondamment citée dans l'exposé préalable de l'Accord. La Cour d'arbitrage y a notamment écrit ceci :

*B.4.1. La convergence des secteurs de la radiodiffusion sonore et télévisuelle, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, conduit à une « déspecialisation » de l'infrastructure et des réseaux et à la création de nouveaux services ne répondant plus aux définitions classiques de la diffusion et des télécommunications.*

*B.4.3. Les développements technologiques récents ont pour effet que les matières de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, ne peuvent plus être délimitées à l'aide de critères techniques tels que l'infrastructure sous-jacente, les réseaux ou les terminaux utilisés, mais bien sur la base de critères de contenu et de critères fonctionnels.*

*B.5.1. En tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques, l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler cette matière, dès lors que les communautés peuvent, elles aussi, légiférer en l'espèce sur la base de leurs compétences en matière de radiodiffusion et de télévision.*

*La convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences, l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés pour déterminer les compétences du régulateur.*

La Cour d'arbitrage a confirmé sa jurisprudence dans deux arrêts ultérieurs (C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, et 8 novembre 2006, n° 163/2006) :

*B.6.3. [...] l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doit être réglée en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure soit soumise à des dispositions contradictoires.*

*B.6.4. Par conséquent, en réglant partiellement de manière unilatérale l'infrastructure de transmission électronique commune à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, le législateur décrétoal a violé les règles répartitrices de compétences. (arrêt du 13 juillet 2005)*

L'article 3, paragraphe 4, de la directive « cadre » (directive 2002/21 du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques) impose d'autre part aux États membres, lorsqu'ils attribuent les tâches des autorités réglementaires à plusieurs organismes, d'assurer la consultation et la coopération entre ceux-ci.

35. L'Accord de coopération institue un organe de concertation des régulateurs des télécommunications et de la radiodiffusion, la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques ou « CRC ».

L'Accord impose aux autorités de régulation de se communiquer préalablement les unes aux autres « [c]haque projet de décision [...] relatif aux réseaux de communications électroniques » (article 3, alinéa 1<sup>er</sup>). L'autorité qui reçoit un tel projet peut soit décider d'en saisir la CRC, soit faire part de ses remarques à l'autorité à l'origine du projet ; celle-ci doit dans ce cas prendre en considération ces remarques et communiquer un projet de décision modifié, après quoi l'autorité qui avait formulé les remarques peut encore saisir la CRC. Tant les projets de décision que les remarques doivent être motivés quant à la compétence de leur auteur

respectif ; les demandes de saisine de la CRC doivent de même être motivées. Les décisions de la CRC, quand celle-ci a été saisie, sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles.

Les réseaux de communications électroniques visés par l'Accord sont définis comme « les systèmes de transmission active ou passive et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques » (article 2, 1°).

36. Il résulte tant des termes de l'Accord de coopération que de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage qui en est l'origine que l'obligation de coopération est systématique, chaque fois qu'il s'agit d'une décision relative à un réseau de communications électroniques, et n'est pas limitée aux hypothèses où un régulateur empiète effectivement sur les compétences des autres. La convergence des secteurs est telle que les normes réglementaires doivent nécessairement être adoptées en coopération entre les différents régulateurs et législateurs. Ceci est confirmé par les avis de la section de législation du Conseil d'État sur les projets de loi et de décrets d'assentiment à l'Accord de coopération (notamment, avis n° 41.711/VR donné le 28 novembre 2006 sur un amendement du Gouvernement à un avant-projet de loi portant des dispositions diverses, *Doc. Parl., Ch., 2006-2007, n° 51-2761/11, p. 8*) :

*[...] même si les autorités concernées restent dans les limites de leurs compétences respectives en ce qui concerne, d'une part, la transmission des programmes de radio et de télévision - compétence des communautés - et, d'autre part, les autres services de communications électroniques - compétence de l'autorité fédérale - il y a néanmoins la nécessité de coopérer et il y a une interdiction de prendre des décisions unilatérales. Vu la convergence, de telles décisions ont en effet inévitablement un impact dans le domaine de compétence des autres autorités.*

Les travaux préparatoires de la loi et des décrets d'assentiment ne mènent pas à une conclusion différente. En particulier, le rapport de commission au parlement de la Communauté française fait état d'une

« procédure de concertation systématique » (Rapport, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., s. 2006-2007, n° 410-2, p. 4).

L'article 3 de l'Accord de coopération ne subordonne l'obligation de consultation à aucune condition de chevauchement effectif de compétences, ni de risque concret de contradiction entre différentes réglementations ; la seule condition qu'il prévoit concerne l'objet du projet de décision, qui doit être relatif à un réseau de communications électroniques. Par ailleurs, si l'autorité qui demande le transfert du projet à la CRC doit motiver sa demande, la CRC n'a pour sa part ni l'obligation ni la possibilité d'examiner s'il y a véritablement conflit de compétence et, dans la négative, de renvoyer le projet au régulateur d'origine ; une fois saisie d'un projet de décision relatif à un réseau de communications électroniques, la CRC est et reste compétente même si en fait le projet n'affectait pas le domaine de compétence des autres régulateurs.

L'Accord de coopération ne limite pas son champ d'application à la réglementation technique des réseaux. Une réglementation de nature économique, telle en l'espèce des règles de tarification, est également susceptible d'être visée par l'Accord (quant à l'étendue de ce champ d'application, voir D. Stevens, *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, p. 199).

La Cour a déjà indiqué que l'Accord de coopération a donné une interprétation très extensive à l'obligation de coopération initialement imposée par la Cour d'arbitrage (Bruxelles, 12 novembre 2008 (*Belgacom c. IBPT*), R.G. n° 2006/AR/2484) ; cet Accord a ainsi rendu obsolète la jurisprudence antérieure de la Cour qui avait décidé, avant l'entrée en vigueur de l'Accord de coopération et sur la base de la seule jurisprudence de la Cour d'arbitrage, que « [p]our dire si l'IBPT était ou non compétent pour prendre seul la décision attaquée, il convient donc de vérifier si elle concerne l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, et s'il existe un risque que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires » (Bruxelles, 1<sup>er</sup> juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 821, pourvoi rejeté par cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2873 ; voir aussi J. Jost

et R. Queck, « Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *R.D.T.I.*, 2009, p. 5, note infrapaginale 62).

Ceci a pour corollaire qu'un régulateur ne peut s'arroger le pouvoir de déterminer lui-même si ses décisions affectent ou non les compétences des autres régulateurs. Au contraire, ce sont ces autres régulateurs qui ont le pouvoir d'invoquer un risque d'atteinte à leur compétence et doivent en pratique être mis en mesure de le faire en recevant communication du projet de décision (dans le même sens mais avant l'entrée en vigueur de l'Accord de coopération, Bruxelles, 15 octobre 2009 (*Belgacom c. IBPT*), R.G. n° 2007/AR/930).

37. Le critère utilisé par l'IBPT pour conclure qu'il n'y avait pas lieu de consulter les autres régulateurs, c'est-à-dire le fait que la décision attaquée porte uniquement sur la tarification des services de terminaison d'appels vocaux qui n'ont aucun lien avec la radiodiffusion ou la télévision, est donc sans pertinence. La véritable question était de savoir si la décision attaquée concernait ou non un réseau de communications électroniques.

Les réseaux de téléphonie mobile sont des réseaux de communications électroniques au sens de l'Accord de coopération. Une décision qui fixe une tarification de l'usage d'un tel réseau, en l'espèce pour la terminaison des appels vocaux, tombe dès lors dans le champ d'application de l'Accord de coopération.

La Cour note également que le projet de décision transmis par l'IBPT à la Commission européenne et au Conseil de la concurrence ne contenait pas la discussion, citée au paragraphe 33 ci-dessus, de la nécessité de consulter ou non les autres régulateurs. Cette discussion a été rajoutée dans la version finale de la décision attaquée.

38. L'on ne peut de toute manière pas exclure en l'espèce que les compétences des Communautés soient affectées par la décision attaquée. La thèse de l'IBPT selon laquelle sa décision n'avait rien à voir avec la radiodiffusion ou la télévision est inexacte en fait. En effet, puisque la méthode LRIC pure retenue par la décision attaquée empêche les opérateurs de récupérer une quelconque partie de leurs coûts communs et

conjointes par le biais des redevances de terminaison, elle les force nécessairement à récupérer autrement ces coûts communs et conjoints. La tarification des services de terminaison est donc de nature à avoir un effet induit sur le prix pratiqué par les opérateurs pour d'autres services, dont certains – tels les transferts de données à usage multimédia – peuvent relever des Communautés. L'IBPT réplique d'ailleurs à l'argument de Mobistar selon lequel la décision attaquée l'oblige à vendre à perte ses services de terminaison que Mobistar devra récupérer les coûts de ces services à charge de ses propres clients, par exemple par le biais de forfaits périodiques (voir paragraphe 72 ci-dessous). Or les forfaits ne sont pas nécessairement limités au trafic vocal de l'utilisateur.

39. En adoptant la décision attaquée sans se conformer à la procédure de coopération, l'IBPT a violé l'Accord de coopération. Dans cette mesure le moyen est fondé.

## **(2) Les erreurs de paramétrage du modèle LRAIC+.**

40. KPN, sans contester le principe de l'application du modèle LRAIC+ pendant la période transitoire du 1<sup>er</sup> août 2010 au 31 décembre 2012, affirme cependant que ce modèle a été incorrectement paramétré par l'IBPT. Elle reproche à l'IBPT d'avoir surestimé la croissance du trafic mobile en général, d'avoir surestimé la croissance du trafic « mobile data » en particulier, d'avoir surestimé l'évolution de la part de marché de KPN et sous-estimé celle de Belgacom, et de ne pas avoir exclu du modèle le trafic « fixe vers mobile » interne à Belgacom. KPN n'indique pas quels résultats le modèle aurait selon elle dû produire s'il avait été correctement paramétré, mais il résulte implicitement de son argumentation que le tarif LRAIC+, c'est-à-dire le tarif appliqué tel quel du 1<sup>er</sup> août au 31 décembre 2010 et utilisé comme référence de départ pour le *glide path* appliqué en 2011 et 2012, aurait dû être plus élevé en ce qui la concerne et moins élevé en ce qui concerne Belgacom et Mobistar.

41. Avant d'examiner en détail les arguments soulevés, la Cour souhaite préciser l'étendue et les limites du contrôle qu'elle peut exercer sur un modèle de ce type.

Ce modèle a la forme d'un fichier informatique Excel. Il a été déposé par l'IBPT comme pièce de son dossier, et est extrêmement technique et

complexe. Il se prête donc difficilement à un contrôle judiciaire approfondi. Le modèle de coûts élaboré par l'IBPT, toutefois, fait partie intégrante de la décision attaquée. Ce sont en effet les résultats chiffrés produits par le modèle qui ont directement déterminé les tarifs formant l'objet même de la décision. En conséquence, le modèle lui-même peut faire l'objet du même contrôle de pleine juridiction que la décision, conformément à l'article 2 § 1<sup>er</sup> de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours. Une erreur manifeste qui affecterait le modèle peut donc entraîner l'annulation de la décision. Toutefois :

- Le pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont dispose l'IBPT implique, lorsqu'il s'agit d'un modèle, la possibilité pour l'IBPT de modéliser la réalité sur la base de certaines hypothèses, projections, estimations ou approximations. Les hypothèses et projections peuvent être guidées par les objectifs de la régulation, par exemple lorsqu'il s'agit d'hypothèses d'efficacité des opérateurs, et peuvent dans cette mesure s'écarter de la réalité observée. Le tout doit rester raisonnable, justifiable et cohérent, et ne peut jamais verser dans l'arbitraire, mais l'on ne peut pas attendre d'un modèle qu'il reflète à tous égards la réalité.
- Vu la complexité d'un modèle du type examiné ici, et le très grand nombre de variables, d'interdépendances et d'équations qu'il contient, il serait déraisonnable de retenir comme motif d'annulation n'importe quelle erreur, fût-elle manifeste, qui affecterait l'un des multiples éléments du modèle. Une telle erreur ne peut donner lieu à annulation que si elle a un effet significatif sur les résultats produits par le modèle et intégrés dans la décision attaquée.

(a) **Surestimation de la croissance du trafic mobile.**

42. KPN affirme que les données introduites dans le modèle de l'IBPT surestiment la croissance du trafic mobile en général (la Cour n'arrivant pas toujours à bien discerner si l'argumentation de KPN vise l'ensemble du trafic mobile en Belgique, ou sa propre part de ce trafic). Les volumes de trafic étant un facteur déterminant du calcul des investissements et des coûts à allouer, cette erreur fausse les résultats du modèle. KPN indique en particulier que son propre consultant, WIK, donne des estimations de

croissance nettement inférieures à celles données par le consultant de l'IBPT, Analysys Mason, que l'IBPT confond la croissance du nombre de cartes SIM et la croissance du volume d'appel, et que la croissance future estimée est nettement supérieure à la croissance mesurée au cours des dernières années.

43. La Cour note cependant les éléments suivants :

- La décision attaquée (n° 177) constate une « croissance régulière chaque année » du trafic pendant les années précédentes. Elle montre également (n° 188 à 196) la croissance de KPN au cours des dernières années.
- Les communiqués et chiffres publiés par la société-mère de KPN depuis l'adoption de la décision attaquée confirment la croissance de KPN. Le communiqué de presse du 27 juillet 2010 de sa société-mère, relatif aux résultats financiers du deuxième trimestre de 2010, déclare « Continued service revenue growth ... in Belgium ... Wireless service revenues of KPN Group Belgium (BASE) showed another strong increase, up by 6.6% in Q2 2010 ... BASE is expected to have increased its service revenue market share to more than 18% in Q2, up 1%-point y-on-y »<sup>1</sup>. Le communiqué de sa société-mère sur les résultats financiers du 1<sup>er</sup> semestre 2011 fait état d'une croissance « strong » (forte) en Belgique.
- Le taux de pénétration du marché de la téléphonie mobile en Belgique (c'est-à-dire le nombre de cartes SIM rapporté à la population), de 103 %, est inférieur à la moyenne européenne de 122 %, ce qui laisse une marge de croissance (Commission européenne, *Progress report on the single European electronic communications market (15<sup>th</sup> report)*, p. 99).
- Les simulations du consultant WIK semblent refléter une stagnation future du marché, ce qui est peu plausible vu l'évolution passée.

<sup>1</sup> Traduction : Croissance continue des services ... en Belgique ... Les revenus des services sans fil de KPN Group Belgium (BASE) ont également montré une forte croissance, de 6,6% au deuxième quadrimestre 2010 ... Base augmente sa part de marché dans les services de plus que 18% au deuxième trimestre, jusqu'à un pour cent plus haut d'une année à l'autre.

- Le rapport du consultant WIK est fondé sur des données fournies par KPN elle-même plutôt que sur des données obtenues et vérifiées indépendamment par WIK. L'annexe B du rapport WIK, qui contient en particulier les données quantitatives utilisées par le rapport, indique que « This methodological appendix was prepared by BASE, 2<sup>nd</sup> July 2010 » (« Cette annexe méthodologique a été préparée par BASE, 2 juillet 2010 »). La crédibilité du rapport en est affaiblie.
- L'IBPT anticipe une nouvelle croissance du marché mobile en raison précisément de la baisse des prix que devrait provoquer la décision attaquée. Une telle approche, basée sur une analyse prospective des effets attendus de la réglementation, est légitime.

Ces éléments mènent à la conclusion que les prévisions de croissance du trafic utilisées par l'IBPT ne sont pas manifestement erronées, et à écarter la thèse de KPN à cet égard.

(b) **Surestimation de la croissance du trafic de données.**

44. KPN affirme que les prévisions de croissance du trafic de données (*mobile data*) retenues par l'IBPT sont totalement exagérées. Comme une partie des coûts est attribuée par le modèle à ce trafic de données, ceci aboutit à sous-évaluer la part des coûts qui est attribuable aux services de terminaison de trafic vocal. Selon KPN, les prévisions retenues par l'IBPT sont largement supérieures à celles qui proviennent du consultant de l'IBPT elle-même, Analysys Mason, et le consultant de KPN, WIK, confirme cette surévaluation.

45. La Cour note cependant les éléments suivants :

- Les parties et leurs consultants respectifs s'accordent tous pour attendre une croissance importante du trafic de données. L'une des sections du communiqué de presse du 27 juillet 2010 de la société-mère de KPN est consacrée au thème « Mobile data, a growth opportunity in the years to come » (« Données mobiles, une opportunité de croissance pour les années à venir »). Leur désaccord ne porte que sur l'intensité de cette croissance.

- Les appareils de type tablettes et *smartphones* utilisateurs de services de transmission de données connaissent actuellement un succès énorme. Les effets de ce succès sur le volume des transmissions de données sont certains mais leur ampleur est difficile à prévoir exactement. Il est donc inévitable que les prévisions de l'IBPT ne puissent être qu'assez approximatives.
- La prétendue contradiction invoquée par KPN entre les données retenues par l'IBPT et les estimations de son consultant Analysys ne concerne pas des estimations qui auraient été fournies par Analysys à l'IBPT lors de la préparation de la décision attaquée, mais des estimations figurant dans une publication faite par Analysys en mai 2011. Il est donc impossible d'en déduire, comme le fait KPN, que l'IBPT aurait ignoré les analyses de son propre consultant lors de sa prise de décision.
- Le marché belge des données mobiles est en retard de développement par rapport à d'autres pays, ce qui peut en partie s'expliquer par le retard mis par KPN à déployer son réseau 3G (ce qu'elle n'a fait qu'après mise en demeure par l'IBPT, le 22 juillet 2009, pour non-respect des conditions de sa licence). Ce retard implique un potentiel de rattrapage et de croissance accrue.
- Pour les raisons indiquées au paragraphe 43 ci-dessus, la crédibilité du rapport WIK sur lequel KPN base ses propres estimations est limitée.

Ces éléments mènent à la conclusion que les prévisions de croissance du trafic de données utilisées par l'IBPT ne sont pas manifestement erronées, et à écarter la thèse de KPN à cet égard.

(c) **Surestimation de la part de marché de KPN, sous-estimation de celle de Belgacom.**

46. KPN reproche à l'IBPT de surestimer l'évolution de sa part de marché, et corrélativement de sous-estimer celle de Belgacom. Ceci aboutit selon elle à un modèle qui, pour l'attribution des coûts communs, prévoit des économies d'échelle supérieures à la réalité chez KPN et inférieures à la réalité chez Belgacom.

KPN met en avant certains facteurs qui rendraient les prévisions de l'IBPT artificielles : un premier facteur d'essoufflement de croissance est marqué dans les conclusions de KPN comme étant confidentiel (les passages concernés sont visibles dans les versions des conclusions communiquées à l'IBPT et remises à la Cour, et occultés dans les versions communiquées à Mobistar et Belgacom) et n'est pour cette raison pas reproduit ici ; la décision attaquée affectera en particulier la rentabilité des clients à faible consommation, relativement plus présents chez KPN que chez les autres opérateurs ; la tendance du marché à la convergence, c'est-à-dire à l'intégration dans une même offre combinée de plusieurs services (internet, télévision, téléphonie fixe ou téléphonie mobile), favorisera Belgacom et Telenet au détriment de KPN ; l'entrée sur le marché d'un quatrième opérateur mobile va capturer une partie de la clientèle des opérateurs existants ; et la tendance à l'accroissement des services de transmission de données mobiles favorisera Belgacom, dont le réseau UMTS est plus développé et dont la clientèle est plus que chez KPN une clientèle d'affaires forte consommatrice de ces services.

47. Avant d'examiner chacun des facteurs invoqués par KPN, la Cour souhaite faire deux observations.

Premièrement, l'IBPT fonde son hypothèse sur la poursuite de la tendance historique observée au cours des dernières années, qui ont vu KPN s'approprier de manière continue des parts de marché aux dépens de Belgacom et Mobistar, et sur le fait que le « churn » (c'est-à-dire le phénomène par lequel, au cours de toute période, une partie des clients change d'opérateur et constitue une nouvelle base de clientèle libre susceptible d'être captée) tend naturellement à éroder les parts de marché des opérateurs historiques et à provoquer une redistribution plus symétrique du marché ; ce raisonnement ne paraît pas manifestement déraisonnable.

En second lieu, le fait que certains facteurs puissent avoir un impact négatif sur la part de marché de KPN ne démontre pas nécessairement que l'hypothèse faite par l'IBPT serait manifestement inexacte ; l'existence de facteurs négatifs est presque inévitable en toutes circonstances, et KPN ne prouve pas que ceux qu'elle invoque – compte tenu des réponses qui

leur sont données ci-dessous aux paragraphes 48 à 52 – auraient un poids déterminant ou lui seraient totalement exogènes.

48. Le premier facteur invoqué comme cause d'essoufflement de croissance (et marqué confidentiel) revient à dire que la stratégie commerciale qui a fondé la croissance passée de KPN ne pourra plus être maintenue à l'avenir ; mais KPN n'explique pas de manière convaincante pourquoi ceci serait le cas. La récente entrée sur le marché de Colruyt comme MVNO (*Mobile Virtual Network Operator* ou opérateur de réseau mobile virtuel), alors que la décision attaquée était déjà connue, contredit d'ailleurs l'argument. KPN n'explique pas non plus pourquoi sa stratégie commerciale ne pourrait pas être ajustée, à supposer qu'elle dût l'être ; l'un des objectifs avoués de la décision attaquée (n° 368) est précisément de provoquer une nouvelle dynamique commerciale chez les opérateurs.

49. KPN affirme que des tarifs de terminaison très bas affecteront en particulier la rentabilité des clients à faible consommation, qui reçoivent plus d'appels qu'ils n'en émettent, ce type de client étant relativement plus représenté chez KPN que chez les autres opérateurs. La Cour note toutefois que la Commission européenne et l'IBPT étaient conscients de cet argument lorsqu'ils ont adopté la recommandation du 7 mai 2009 et la décision attaquée, et ont considéré que la réalisation de ce risque était peu probable : même si la rentabilité de certains clients peut être réduite, les opérateurs seront enclins à les conserver, en tout cas aussi longtemps que les coûts marginaux de ces clients sont couverts – ce qui est encore le cas lorsque les tarifs de terminaison sont fixés selon la méthode « LRIC pure » (voir n° 362 de la décision attaquée, et point 4.3.7 du document préparatoire de la Commission, *Commission staff working document accompanying the Commission recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, Implications for Industry, Competition and Consumers*, 7 mai 2009, SEC(2009) 599 ; voir également le communiqué de presse du 28 octobre 2008 de Mobile Challengers, l'association professionnelle des troisièmes ou quatrièmes opérateurs mobiles dont fait partie KPN, qui affirmait que ces opérateurs accueilleront volontiers les clients que d'autres opérateurs excluraient en raison de la chute des tarifs de terminaison, pièce 66 du dossier judiciaire de l'IBPT). Cette appréciation de la Commission européenne et de l'IBPT paraît justifiée, et KPN ne prouve en tout cas pas le contraire.

La Cour est par ailleurs sceptique quant à l'assertion que les clients de KPN, relativement à ceux des autres opérateurs, recevraient plus d'appels qu'ils n'en émettent : les données figurant dans le modèle de coûts de l'IBPT montrent que le ratio des minutes d'appel entrantes aux minutes d'appel sortantes (feuille « market », lignes 292 à 296, colonnes U à W) pour les années 2006 à 2008 n'est pas supérieur chez KPN à ce qu'il est chez Belgacom.

De toute manière une perte de rentabilité n'entraîne pas nécessairement une perte de part de marché mesurée en nombre de clients (le nombre de clients actifs étant le critère de mesure des parts de marché utilisé ; voir n° 188 de la décision attaquée). Et ici encore, l'IBPT peut tenir compte des opportunités commerciales qu'entraînera sa décision ; la baisse des tarifs de terminaison supprimera la principale source de différenciation tarifaire entre appels *on net* (vers le même réseau) et *off net* (vers un autre réseau) et pourra faciliter la pénétration par les « petits » opérateurs de segments de clientèle plus lucratifs.

50. KPN invoque le fait que le développement de la « convergence », ou en d'autres mots des offres combinées décrites ci-dessus au paragraphe 46, favorisera la croissance des parts de marché de Belgacom au détriment des siennes, et reproche à la décision attaquée d'avoir ignoré ce facteur dans la modélisation de l'évolution des parts de marché.

L'IBPT reconnaît expressément dans la décision attaquée l'existence du phénomène de convergence, et le meilleur positionnement de Belgacom à cet égard (n° 277.5 : « Le caractère unique du groupe Belgacom en ce qui concerne sa position de marché est renforcé par le fait que la stratégie de cet opérateur est centrée sur la convergence des services » ; n° 278.1 : « Mobistar et KPN Group Belgium / Base ne disposent pas du statut d'acteur convergent offrant des packs incluant la télévision numérique »). La promotion de la convergence fixe / mobile est en outre l'un des objectifs explicites de la décision attaquée (n° 222, 365, 374.3 et 378.3).

L'IBPT a néanmoins constaté en fait « une érosion graduelle de la part de marché de Belgacom Mobile / Proximus et une croissance permanente de celle de KPN Group Belgium / Base » au cours des dernières années

précédant la décision attaquée (n° 333.2 et 336), alors que le phénomène de convergence existait déjà. Ceci contredit la thèse de KPN.

51. KPN reproche à l'IBPT de ne pas avoir intégré dans ses estimations de parts de marché futures l'entrée d'un quatrième opérateur. Mais l'IBPT répond à juste titre que cette entrée était incertaine au moment où la décision a été prise, qu'il lui sera toujours possible d'adapter sa décision en temps voulu si les circonstances ont entretemps changé, et que Telenet/Tecteo, depuis lors désignée comme quatrième opérateur, n'aura de toute manière aucun effet sensible sur les résultats de ses analyses : Telenet/Tecteo ne lancera ses opérations qu'en 2012 et n'acquerra ensuite que progressivement des parts de marché, or le poids du modèle LRAIC+ dans les calculs des tarifs de terminaison diminue graduellement et prend fin au 1<sup>er</sup> janvier 2013.

52. KPN reproche enfin à l'IBPT de ne pas avoir tenu compte du fait que Belgacom est beaucoup mieux à même qu'elle de profiter de la croissance du marché « mobile data » ; mais l'IBPT montre que les difficultés de KPN d'exploiter le potentiel de ce marché proviennent en grande partie de son propre retard dans le lancement technique et commercial des services « données » de troisième génération, et l'IBPT – qui doit légalement veiller à promouvoir des investissements efficaces en matière d'infrastructures et à soutenir l'innovation (article 6, 3<sup>o</sup>, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques) – peut refuser dans ses décisions tarifaires de prendre en compte en faveur d'un opérateur des éléments qui résultent d'un défaut d'investissement ou d'innovation de cet opérateur.

53. Il reste néanmoins que les estimations de la part de marché de KPN figurant dans le modèle montrent une augmentation très importante entre 2008 et 2010, et supposent que KPN capturera deux fois de suite d'une année à l'autre une nouvelle part de marché de l'ordre de 2,5 à 3 %. Une telle augmentation est manifestement hors de proportion avec la croissance moyenne de KPN observée au cours des années précédentes ou attendue par l'IBPT au cours des années suivantes. Les statistiques établies *a posteriori* par l'IBPT montrent d'ailleurs que la part de marché réelle de KPN en 2010 a été inférieure aux projections, la différence représentant également une part de marché de l'ordre de 2,5 à 3 %. Ces

estimations paraissent donc excessivement optimistes à la Cour, et seraient éventuellement susceptibles d'entraîner l'annulation de la décision attaquée si elles ont eu une influence significative sur les résultats produits par le modèle et sur la décision finale de l'IBPT.

Toutefois, la Cour observe à l'examen du modèle (feuille « market shares », ligne 39) que KPN a déjà connu des chiffres de croissance annuelle supérieurs à cet ordre de grandeur dans le passé, en 2004 et en 2006.

En outre le dossier administratif et les éléments mis à la disposition de la Cour par KPN ne lui permettent pas de conclure que cette estimation a eu une influence majeure sur la décision, de sorte que celle-ci serait nécessairement entâché d'une erreur manifeste d'appréciation.

La cause d'annulation n'est pas démontrée en fait.

(d) **Prise en compte du trafic « fixe vers mobile » interne à Belgacom.**

54. KPN reproche au modèle de l'IBPT de ne pas exclure de la base des coûts pris en compte ceux qui sont relatifs au trafic « fixe vers mobile » interne à Belgacom, alors que le modèle exclut par ailleurs tous les coûts liés au trafic *on net* et que les réseaux fixe et mobile de Belgacom sont intégrés dans la même entité juridique de sorte que le trafic entre ces deux réseaux doit être assimilé à un trafic *on net*.

55. Toutefois :

- Selon les explications de l'IBPT qui ne sont pas contredites sur ce point par KPN, le trafic d'un réseau fixe vers mobile exige les mêmes interventions techniques, et donc les mêmes coûts, que ces deux réseaux appartiennent à la même entité juridique ou à deux entités distinctes. Il est donc logique que le modèle tienne compte de ces coûts.
- Le modèle tient compte non seulement des coûts, mais également du volume, du trafic « fixe vers mobile » « interne » à Belgacom. Une base de coût plus élevée est donc répartie sur un volume plus élevé, et l'on ignore si le résultat net influence à la hausse ou à la baisse – ou

pas du tout – le coût par minute d'appel. KPN ne démontre dès lors pas que la prise en compte de ces coûts ait eu une influence significative et à son détriment sur les résultats du modèle.

L'argument de KPN doit en conséquence être écarté.

(e) **Observations générales.**

56. Outre les réponses spécifiques apportées ci-dessus aux critiques soulevées par KPN à l'encontre du paramétrage du modèle de l'IBPT, la Cour observe les éléments suivants qui sont de nature à conforter la fiabilité de ce modèle et à faire croire qu'il est exempt d'erreurs significatives :

- Le processus d'élaboration du modèle suivi par l'IBPT (décrit aux n° 412 à 416 de la décision attaquée) était de nature à éliminer ou réduire considérablement les risques d'erreur : recours à un consultant externe expérimenté, étroite implication des trois opérateurs eux-mêmes, vérifications par des réviseurs d'entreprises, communication aux opérateurs d'une version intermédiaire du modèle et prise en compte de leurs observations.
- Selon la décision attaquée (n° 427 à 429), les résultats du modèle « ont pu être réconciliés [avec ceux de l'ancien modèle "LRAIC+ top down" de 2005] de manière assez satisfaisante (c'est-à-dire à moins d'un eurocent par minute près, ce qui paraît une marge d'erreur acceptable dans ce genre d'exercice de modélisation) lorsque les calculs sont effectués avec des hypothèses comparables ».
- Les résultats produits par le modèle sont proches de ceux produits selon une méthodologie comparable par le modèle de l'autorité de régulation néerlandaise, l'OPTA, dont la décision du 7 juillet 2010 impose comme point de départ de sa période transitoire au 1<sup>er</sup>

septembre 2010 un tarif de 5,6 centimes par minute (OPTA, *Marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte*, en particulier aux points 622 et 671 et à l'annexe A ; il est significatif que le point d'arrivée de cette période transitoire, fixé par l'OPTA à 1,2 centimes par minute à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2012, soit également proche des 1,08 centimes par minute imposés par l'IBPT à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013).

### **(3) L'illégalité de la méthode LRIC pure.**

#### **(a) Les moyens invoqués par Mobistar.**

57. Mobistar invoque l'illégalité de la méthode LRIC pure appliquée par l'IBPT, qui serait contraire aux principes du cadre réglementaire belge et européen. Mobistar avance les arguments suivants :

- Le principe d'orientation des prix en fonction des coûts vise à empêcher les opérateurs de pratiquer des prix excessifs ; il ne vise pas à imposer une diminution des tarifs dans l'absolu. Or la méthode LRAIC+, qui présente par ailleurs moins d'inconvénients pour les opérateurs et les consommateurs, suffit à éviter que les prix soient excessifs. La méthode LRIC pure viole donc les principes de proportionnalité et d'orientation des prix en fonction des coûts.
- La défaillance concurrentielle révélée par l'analyse du marché de terminaison mobile consistant en un risque de prix excessifs provoqués par une position de monopole sur ce marché, l'IBPT aurait dû se limiter à imposer un remède de contrôle des prix qui réponde à cette défaillance spécifique, plutôt que d'adopter un remède inspiré également par des considérations relatives à d'autres marchés ou services en violation de l'approche verticalement désintégrée prônée par le cadre réglementaire. Cette approche verticalement désintégrée ne permet pas d'exiger que les opérateurs récupèrent une partie des coûts attribuables au service de terminaison fourni sur le marché de gros à charge d'autres services fournis sur le marché de détail.
- La méthode LRIC pure ne permet pas aux opérateurs de récupérer la partie de leurs coûts conjoints et communs qui est attribuable au service de terminaison d'appels mobiles (ces coûts conjoints et

communs représentant selon Mobistar approximativement 75% du coût total du service de terminaison), et les force ainsi à vendre à perte ce service et à procéder à des subventions croisées. Ceci constitue une violation du principe d'orientation des prix en fonction des coûts, ainsi que des principes de la promotion d'une concurrence non faussée et de la protection de l'intérêt des consommateurs.

- Même dans une logique LRIC pure, les coûts de couverture et de spectre sont liés au trafic et auraient dû être pris en compte proportionnellement au trafic de terminaison.
- La baisse des tarifs de terminaison au niveau LRIC pur va favoriser les opérateurs fixes et créer une distorsion de concurrence en faveur de Belgacom et Telenet, au détriment de Mobistar ; elle favorisera en particulier les offres « combinées » et « d'abondance » de Belgacom et Telenet. Or le marché belge est caractérisé par des asymétries de parts de marchés significatives, des différences d'économies d'échelle considérables entre opérateurs, et une situation de concurrence pas toujours saine ; les offres combinées sont dominées par Belgacom et Telenet, et la décision attaquée va encore renforcer cette domination. Ceci constitue une violation du principe de la promotion d'une concurrence non faussée.
- Les tarifs LRIC purs auront un impact négatif considérable sur la situation financière et la capacité d'investissement de Mobistar, et affecteront ainsi sa capacité concurrentielle.
- Les pertes subies sur le service de terminaison devront être récupérées sur d'autres services, par un effet de vases communicants qui entraînera une hausse des prix de détail, en particulier pour les clients qui reçoivent de nombreux appels mais appellent peu eux-mêmes ; certains types d'offres pré-payées deviendront non rentables et disparaîtront. Ceci ne respecte pas l'intérêt des consommateurs.
- La méthode LRIC pure est contraire au principe de l'efficacité économique, qui veut que les coûts conjoints ou communs à plusieurs services soient répartis entre ceux-ci en fonction inverse de l'élasticité de la demande pour le service concerné (règle de Ramsey et Boiteux). Or la demande pour les services de terminaison est relativement

inélastique, de sorte qu'une partie des coûts conjoints et communs aurait dû être imputée à ces services.

- La modélisation LRIC pure est peu fiable, et ses résultats sont extrêmement sensibles à certaines variations d'hypothèses.
- Les opérateurs de réseaux fixes et mobiles ont des structures de coûts et de revenus différentes (les coûts des premiers étant déterminés par le nombre de lignes d'abonnés et recouverts par les redevances d'abonnement, et les coûts des seconds étant déterminés par le trafic et n'étant pas recouverts par abonnement), de sorte que l'application aux deux types d'opérateurs de méthodes de tarification similaires viole le principe de non-discrimination. La prétendue distorsion de concurrence qui aurait existé entre ces opérateurs et que la décision attaquée voulait pallier était en réalité inexistante.
- L'IBPT n'a pas motivé, par une analyse comparative des deux méthodes appliquées concrètement à la situation du marché belge, son choix de l'approche LRIC pure plutôt que LRAIC+, et s'est contenté de suivre servilement la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne.

(b) **Recommandation de la Commission – nature et contrôle.**

58. Avant d'examiner chacun de ces arguments, la Cour observe que certains de ceux-ci portent sur l'adéquation de la méthode LRIC pure aux circonstances spécifiques du marché belge, mais que d'autres concernent de manière générale la légalité de la méthode. C'est alors la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne qui est au coeur du débat : si par exemple, comme l'invoque Mobistar, l'exclusion totale des coûts conjoints et communs enfreint le principe d'orientation des prix en fonction des coûts imposé par l'article 13 de la directive « accès » et l'article 62 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, ou enfreint le principe de proportionnalité imposé par l'article 8, paragraphe 4, de la même directive et l'article 5 de la loi, il s'en déduira nécessairement que la recommandation n'est pas conforme à la directive.

59. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « [l]es recommandations [...] ne lient pas » (article 288, alinéa 5). L'article 19 de la directive « cadre » citée ci-dessus, sur la base duquel la Commission a adopté la recommandation du 7 mai 2009, dispose actuellement (article 19, paragraphe 2, alinéa 2, qui reprend sur ce point le texte de l'article 19, paragraphe 1, tel qu'il était en vigueur à l'époque) :

*Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de ces recommandations dans l'accomplissement de leurs tâches. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale choisit de ne pas suivre une recommandation, elle en informe la Commission en communiquant la motivation de sa position.*

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne précise que, même si les recommandations ne visent pas à produire des effets contraignants et ne sont pas en mesure de créer des droits que les particuliers peuvent invoquer devant un juge national, elles ne sont cependant pas dépourvues de tout effet juridique, et que les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant (CJUE, 13 décembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, C-322/88, n° 18 ; 11 septembre 2003, *Altair Chimica SpA c. ENEL Distribuzione SpA*, C-207/01, n° 41 ; 24 avril 2008, *Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06, n° 94). Cette obligation s'impose *a fortiori* à la Cour vu la disposition de l'article 19 de la directive « cadre » citée ci-dessus, qui attribue à la recommandation du 7 mai 2009 un supplément d'autorité et en fait un outil d'harmonisation.

Il faut donc en premier lieu déterminer si la Cour a le pouvoir de se prononcer sur l'éventuelle illégalité d'une recommandation de la Commission européenne.

60. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « [l]a Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité [...] des actes [...] de la Commission [...], autres que les recommandations » (article 263, alinéa 1<sup>er</sup>) et que « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel [...] sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions [...] de l'Union » (article 267, alinéa 1<sup>er</sup>). Si les recommandations ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation sur la base de l'article 263 du Traité, elles peuvent en revanche faire l'objet d'un recours préjudiciel sur la base de l'article 267 en ce qui concerne tant leur interprétation que leur validité (CJUE, 13 décembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, C-322/88, n° 8 et 9).

Corrélativement, les juridictions nationales n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions de l'Union. Lorsque la légalité d'un tel acte est contestée devant une juridiction nationale, celle-ci peut examiner la question et conclure le cas échéant que l'acte est valide mais, si elle considère que l'acte est susceptible d'être déclaré illégal, elle ne peut pas constater elle-même cette invalidité et doit renvoyer la contestation à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, n° 12 à 20 ; 21 mars 2000, *Association Greenpeace France c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, C-6/99, n° 54 et 55 ; 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-461/03, n° 17 à 25).

La Cour ne pourra donc pas, à l'occasion de l'examen des moyens de Mobistar, prendre une décision qui constate ou qui implique nécessairement l'illégalité de la recommandation du 7 mai 2009 sans renvoyer la question à la Cour de justice.

(c) **Observation préliminaire – les « principes » invoqués.**

61. Mobistar invoque plusieurs prétendus « principes » : le principe d'orientation des prix en fonction des coûts, le principe de proportionnalité, le principe de la promotion d'une concurrence non faussée, le principe de la protection de l'intérêt du consommateur, le

principe de non-discrimination, ainsi que le principe de l'imposition de remèdes objectifs, transparents et non discriminatoires.

Tous ces principes n'ont pas en toutes circonstances le même poids. Si l'article 5 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques prévoit que les mesures prises par l'IBPT doivent être « basées sur la nature des problèmes constatés, [être] appliquées proportionnellement et justifiées [et] être proportionnelles à ces objectifs, et respecter les principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de neutralité technologique », en revanche la promotion d'une concurrence non faussée et la protection de l'intérêt du consommateur ne sont que des objectifs assignés, parmi d'autres, à l'IBPT par les articles 6 à 8 de la loi.

(d) **Prix excessifs.**

62. *Moyen de Mobistar : le principe d'orientation des prix en fonction des coûts vise à empêcher les opérateurs de pratiquer des prix excessifs ; il ne vise pas à imposer une diminution des tarifs dans l'absolu. Or la méthode LRAIC+, qui présente par ailleurs moins d'inconvénients pour les opérateurs et les consommateurs, suffit à éviter que les prix soient excessifs. La méthode LRIC pure viole donc les principes de proportionnalité et d'orientation des prix en fonction des coûts.*

63. La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques prévoit que « l'Institut peut, [...] lorsqu'il ressort en outre d'une analyse du marché que l'opérateur concerné peut, en raison de l'absence de concurrence réelle, maintenir les prix à un niveau exagéré [...], imposer des obligations [...] concernant l'orientation des prix en fonction des coûts » (article 62 § 1<sup>er</sup>). L'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès » dispose que « [l]es autorités réglementaires nationales peuvent [...] imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts [...], lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné peut, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé [...] au détriment des utilisateurs finals ».

La légère différence de vocabulaire entre la loi (« niveau exagéré ») et la directive (« niveau excessivement élevé ») est sans conséquence ; les deux expressions ont la même signification. Les versions néerlandaises de la loi et de la directive utilisent d'ailleurs les mêmes termes (« prijzen [...] op een buitensporig peil »).

64. Il importe de distinguer, dans la loi et la directive, la portée des concepts de prix exagéré ou excessivement élevé d'une part, et de prix orienté en fonction des coûts d'autre part.

Le premier concept constitue une condition au pouvoir d'intervention de l'IBPT sur les prix : ce n'est que si l'absence de concurrence est susceptible d'entraîner des prix excessifs que l'IBPT peut imposer un plafond tarifaire. Une fois que cette condition est remplie, le second concept concerne le niveau auquel l'IBPT peut fixer ce plafond, les prix devant alors être orientés en fonction des coûts.

Cette interprétation découle des termes de la loi et de la directive. Elle est en outre conforme à la *ratio legis* de ces instruments, qui poursuivent des objectifs multiples et ne se limitent pas à la lutte contre les prix excessifs. L'article 5 de la loi et l'article 8, paragraphe 4, de la directive enjoignent à l'IBPT de poursuivre un ensemble d'objectifs « [d]ans le cadre de l'exercice de ses compétences » ou lors de l'établissement des « obligations imposées conformément au présent article », ce qui renvoie aux compétences de fixation de prix prévues à l'article 62 § 1<sup>er</sup> de la loi et à l'article 13 de la directive. L'article 13, paragraphe 2, de la directive requiert également que « [l]es autorités réglementaires nationales veillent à ce que tous les mécanismes de récupération des coûts ou les méthodologies de tarification qui seraient rendues obligatoires visent à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages pour le consommateur ». Les objectifs énumérés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005, ainsi qu'à l'article 8 de la directive « cadre » et à l'article 13, paragraphe 2, de la directive « accès » incluent notamment le retrait par les utilisateurs d'un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité, le fait que la concurrence ne soit pas faussée, l'efficacité des investissements en matière d'infrastructures, le soutien de l'innovation, et la cohérence des pratiques réglementaires au niveau européen.

L'interprétation retenue ci-dessus est également cohérente avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'affaire *Arcor*, la Cour de justice a analysé de manière approfondie la signification du principe d'orientation des prix en fonction des coûts et la méthode à suivre par les autorités de régulation pour fixer ces prix, sans du tout suggérer que les autorités devraient les aligner sur le seuil au-delà duquel ils deviendraient excessifs (CJUE, 24 avril 2008, *Arcor AG & Co. KG c. Allemagne*, C-55/06).

La circonstance alléguée par Mobistar que la méthode LRAIC+ serait suffisante pour éviter des prix excessifs, fût-elle avérée, n'est donc pas en elle-même de nature à entraîner l'illégalité de la méthode LRIC pure.

65. Quant à la proportionnalité du choix de la méthode LRIC pure fait par l'IBPT, elle doit s'apprécier par rapport à l'ensemble des objectifs poursuivis et pas seulement par rapport à la nécessité de lutter contre des prix excessifs.

L'IBPT justifie son choix par divers effets qu'il attend de cette approche : baisse des prix de détail, en particulier pour les appels « fixe vers mobile » (décision attaquée, n° 360), efficacité économique résultant du fait que les opérateurs sont forcés de récupérer leurs coûts sur le marché de détail où ils sont exposés à la concurrence plutôt que sur le marché de gros où ils sont en situation de monopole (n° 363), augmentation du volume de consommation et en conséquence du « bien-être collectif » ou « social welfare » (n° 364), élimination de distorsions de concurrence entre opérateurs fixes et mobiles (n° 365), incitation à l'émergence de produits « convergents » intégrant dans un même produit les services fixes et mobiles (n° 365), soutien aux investissements nécessaires au déploiement des réseaux de nouvelle génération (n° 365), respect du principe de neutralité technologique (n° 365), suppression des risques de subsides croisés (n° 366), réduction de pratiques anticoncurrentielles résultant d'effets de réseau (n° 367), incitation au développement d'offres à forfait d'appel et à la suppression d'offres différenciant les prix des appels *on net* et *off net* (n° 368), etc. Toutes ces considérations sont cohérentes avec les objectifs que la loi demande à l'IBPT de poursuivre, et la mesure prise par l'IBPT est proportionnée à ces différents objectifs.

Le moyen est rejeté.

(e) **Spécificité de la défaillance concurrentielle, et approche verticalement désintégrée.**

66. *Moyen de Mobistar : la défaillance concurrentielle révélée par l'analyse du marché de terminaison mobile consistant en un problème de prix excessifs provoqués par une position de monopole sur ce marché, l'IBPT aurait dû se limiter à imposer un remède de contrôle des prix qui réponde à cette défaillance spécifique, plutôt que d'adopter un remède inspiré également par des considérations relatives à d'autres marchés ou services en violation de l'approche verticalement désintégrée prônée par le cadre réglementaire. Cette approche verticalement désintégrée ne permet pas d'exiger que les opérateurs récupèrent une partie des coûts attribuables au service de terminaison fourni sur le marché de gros à charge d'autres services fournis sur le marché de détail.*

67. La décision attaquée identifie une situation de monopole de chacun des trois opérateurs mobiles sur le marché des services de terminaison sur son réseau (n° 201), un risque que cette situation aboutisse à des prix excessifs (n° 214), et diverses conséquences néfastes que ces prix excessifs peuvent avoir sur le marché de détail : subventions croisées anticoncurrentielles en faveur des appels *on net*, effet de réseau provoquant des distorsions concurrentielles, ciseaux tarifaires, distorsions de concurrence entre opérateurs fixes et mobiles (n° 217 à 222). L'IBPT pouvait légitimement, compte tenu de ces constatations, imposer des remèdes qui affectent également le marché de détail.

Quant à la « désintégration verticale » invoquée, elle peut effectivement constituer un outil de régulation et a en l'espèce été utilisée pour la modélisation des coûts attribuables aux différents services fournis par les opérateurs, mais elle ne constitue pas une règle légale qui impliquerait que la tarification d'un service particulier doive nécessairement inclure une partie des coûts communs et conjoints.

Le moyen est rejeté.

(f) **Non récupération des coûts conjoints et communs.**

68. *Moyen de Mobistar : la méthode LRIC pure ne permet pas aux opérateurs de récupérer la partie de leurs coûts conjoints et communs qui est attribuable au service de terminaison d'appels mobiles (ces coûts conjoints et communs représentant selon Mobistar approximativement 75% du coût total du service de terminaison), et les force ainsi à vendre à perte ce service et à procéder à des subventions croisées. Ceci constitue une violation du principe d'orientation des prix en fonction des coûts, ainsi que des principes de la promotion d'une concurrence non faussée et de la protection de l'intérêt des consommateurs.*

69. La méthode LRIC pure limite la tarification des services de terminaison d'appels mobiles aux coûts dits évitables, ce qui « implique que seuls les coûts qui seraient évités si un service de terminaison d'appel vocal en gros n'était plus fourni à des tiers doivent être attribués aux services réglementés de terminaison d'appel vocal » (recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne, point 6). L'annexe à la recommandation donne les précisions suivantes :

*Les coûts différentiels pertinents (c'est-à-dire les coûts évitables) de la fourniture en gros du service de terminaison d'appel sont égaux à la différence entre les coûts totaux à long terme d'un opérateur fournissant sa gamme complète de services et les coûts totaux à long terme d'un opérateur ne fournissant pas de service de terminaison d'appel en gros à des tiers.*

*Pour garantir une répartition appropriée de ces coûts, il convient de faire une distinction entre les coûts liés au trafic et les coûts non liés au trafic. Les coûts non liés au trafic doivent être ignorés dans le calcul des tarifs de gros de la terminaison d'appel. Parmi les coûts liés au trafic, seuls ceux qui sont évités lorsqu'il n'y a pas de fourniture en gros d'un service de terminaison d'appel doivent être attribués à la prestation supplémentaire de terminaison d'appel. Il est possible de calculer ces coûts évitables en attribuant d'abord les coûts liés au trafic à des services autres que la fourniture en gros de la terminaison d'appel (par exemple, départ d'appel, SMS,*

*MMS, etc.) et en n'attribuant au service de terminaison d'appel vocal en gros que les coûts résiduels liés au trafic.*

*[...] Le coût différentiel des services de terminaison d'appel vocal en gros doit donc exclure les coûts de couverture mais doit inclure les coûts de capacité additionnels dans la mesure où ils sont engendrés par la fourniture en gros des services de terminaison d'appel vocal.*

*Les coûts d'utilisation du spectre (autorisation de conserver et d'utiliser des radiofréquences) [...] ne doivent [...] pas entrer en ligne de compte dans le calcul de la fourniture supplémentaire du service de terminaison d'appel en gros. Le coût de l'acquisition de radiofréquences supplémentaires pour accroître la capacité (au-delà du minimum nécessaire pour fournir des services de détail aux abonnés) afin d'acheminer le surplus de trafic résultant de la fourniture en gros du service de terminaison d'appel vocal doit être inclus [...].*

70. L'exclusion de toute quote-part dans les coûts communs et conjoints aboutit à un niveau de tarification considérablement inférieur à celui que produisait précédemment la méthode LRAIC+ (la décision attaquée réduit les tarifs par un diviseur de l'ordre de 6 à 10 selon l'opérateur). La nouvelle méthode représente donc un changement radical. Son adoption par la Commission européenne a été précédée d'un processus de consultation, et d'une réflexion approfondie sur les mérites respectifs des différentes approches. En fin de compte, les avantages présentés par cette méthode ont été retenus comme décisifs (voir Commission européenne, *Commission staff working document, op. cit.*, et en particulier le tableau aux pages 47 à 51 qui présente la synthèse des arguments pour et contre la solution choisie); la conclusion de la Commission a été celle-ci :

*Aligning termination rates to efficient costs and ending the fixed-mobile subsidisation will bring about a strong competitive dynamic. This in turn can be expected to generate end-user benefits through lower prices and greater service innovation. This should trigger*

*demand and support revenue and investment opportunities right across the EU telecoms sector. (loc. cit., p. 4)<sup>2</sup>*

L'analyse de la Commission retient en particulier les arguments suivants :

- Les données empiriques montrent que des tarifs de terminaison élevés aboutissent à réduire le volume de consommation par rapport à ce qui est observé dans les pays où les tarifs de terminaison sont plus bas (p. 10).
- Les tarifs de terminaison mobile sont considérablement supérieurs aux tarifs de terminaison fixe, de l'ordre de neuf fois plus élevés à la fin 2007 (p. 9). Ceci cause d'importants transferts financiers des consommateurs fixes vers les consommateurs mobiles, contribue à une moindre utilisation des réseaux fixes, et peut constituer un frein à certains investissements souhaitables dans le secteur de la téléphonie fixe, notamment pour le développement de réseaux de nouvelle génération. Ceci forme également un obstacle aux services « convergents » qui pourraient être offerts par les opérateurs fixes (p. 12).
- Des tarifs de terminaison *off net* fixés à un niveau supérieur aux coûts efficients ont un effet dommageable sur la concurrence, notamment en ce qui concerne la capacité des petits opérateurs à égaler les offres *on net* des grands concurrents (p. 13).

71. La décision de l'IBPT refait l'analyse à laquelle la Commission avait procédé, et retient pour l'essentiel les mêmes arguments et les mêmes conclusions (n° 359 à 372). Outre les raisons avancées par la Commission, l'IBPT a également retenu dans sa décision que le marché belge a connu certaines pratiques anticoncurrentielles, dont la méthode LRIC pure empêchera la répétition :

---

<sup>2</sup> Traduction : Aligner les tarifs de terminaison sur les coûts efficients et mettre fin à la subsidiation fixe-mobile entraînera une forte dynamique concurrentielle. L'on peut s'attendre à ce que ceci génère à son tour des avantages pour les utilisateurs finaux, par le biais de baisses de prix et de plus d'innovation dans les services. Ceci devrait créer de la demande, et soutenir les revenus et les opportunités d'investissement dans l'ensemble du secteur des télécommunications de l'Union européenne.

*La différenciation tarifaire entre appels on-net et appels off-net peut conduire à un comportement discriminatoire sous la forme d'un ciseau tarifaire. Il s'agit d'un abus de position dominante lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif des prestations intermédiaires pour des services comparables offerts à ses concurrents est soit négative, soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant [lire « de l'opérateur concurrent »] pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché en aval. Ce type d'abus a été constaté par le Conseil de la Concurrence dans sa décision de 26 mai 2009 dans l'affaire Belgacom Mobile/Base. (n° 219)*

*La fixation de tarifs de terminaison à un niveau aussi bas que possible, cohérent avec le niveau des coûts incrémentaux à long terme strictement liés à la seule fourniture du service à réguler de terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles, est de nature à réduire au maximum toute distorsion de concurrence potentielle sur les marchés de détail en aval de cette prestation de gros en supprimant pratiquement toute possibilité pour les opérateurs mobiles concernés de pratiquer des subsides anti-concurrentiels entre les différents services offerts. (n° 366)*

72. Mobistar invoque que la décision attaquée l'oblige à vendre à perte le service de terminaison. C'est inexact en fait. Le service de terminaison profite tant à l'appelant qu'à l'appelé ; sans terminaison, aucun des deux correspondants ne peut parler à l'autre. La méthode LRIC pure empêche l'opérateur de l'appelé de récupérer ses coûts communs et conjoints à charge de l'opérateur de l'appelant ; elle ne l'empêche en rien de récupérer ces coûts à charge de l'appelé, son propre client, que ce soit par le biais de la tarification des autres appels en provenance de ce client, d'un forfait périodique, ou autrement. C'est d'ailleurs un tel mode de récupération des coûts communs et conjoints que la décision attaquée vise délibérément à provoquer :

*D'un point de vue économique, il est justifié et plus efficace d'inciter ces opérateurs à s'efforcer de recouvrer leurs coûts (notamment leurs coûts communs) au travers des activités dans*

*lesquelles ils sont exposés à la concurrence plutôt que par le truchement d'une prestation monopolistique telle que le service de terminaison d'appel qui est hautement susceptible, en l'absence d'une stricte régulation, de faire l'objet d'une fourniture à un niveau de prix excessifs. (n° 363)*

73. Les justifications données par la Commission et l'IBPT au choix de la méthode LRIC pure, résumées ci-dessus, peuvent certes donner lieu à controverses, mais elles sont très sérieusement argumentées et sont loin de paraître manifestement déraisonnables. Le moyen de Mobistar, en tant qu'il invoque une violation des objectifs de promotion d'une concurrence non faussée et de protection de l'intérêt des consommateurs, est donc rejeté.

74. Reste à examiner si la méthode LRIC pure est conforme au principe d'orientation en fonction des coûts, imposé par l'article 62 § 1<sup>er</sup> de la loi du 13 juin 2005 et l'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès ».

Ni la loi ni la directive ne donnent plus de précisions quant au contenu de cette « orientation en fonction des coûts ». La Cour de justice de l'Union européenne a relevé dans l'affaire *Arcor* que « le droit communautaire prévoit, dans divers domaines du secteur des télécommunications, le principe d'orientation des tarifs, ou des prix, en fonction des coûts, sans en préciser, dans chacun des domaines concernés, à savoir notamment l'interconnexion, la téléphonie vocale ou la boucle locale, son contenu » et qu'il convenait, pour définir le concept, « de tenir compte non seulement des termes de celui-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation qui le prévoit » (CJUE, 24 avril 2008, *Arcor AG & Co. KG c. Allemagne*, C-55/06, n° 56 et 57).

75. Les coûts conjoints et communs exclus du calcul de la tarification des services de terminaison comprennent par exemple les coûts de la licence, les coûts d'infrastructure du réseau (sauf dans la mesure, limitée, où des augmentations de capacité sont rendues nécessaires par le service de terminaison), les coûts commerciaux, etc. S'il est vrai que ces coûts ne sont pas « évitables » au sens de la recommandation et de la décision attaquée – un opérateur doit avoir une licence et un réseau même s'il n'offre pas de service de terminaison à des tiers – il n'en reste pas moins

que ces coûts sont, pour la plupart d'entre eux, indispensables à la fourniture du service de terminaison : un opérateur sans licence et sans réseau est bien entendu incapable d'assurer la moindre terminaison d'appel ... Il est par ailleurs clair que ces coûts représentent des montants considérables.

Il y a donc une apparence de contradiction dans les termes à affirmer qu'une méthode qui exclut totalement la prise en compte d'un volume important de coûts indispensables est « orientée en fonction des coûts ».

En outre, la méthode LRIC pure aboutit en pratique à un résultat économique assez proche de ce que produirait une méthode « bill and keep » où chaque opérateur conserve la totalité du prix facturé à ses propres clients, sans aucune rétrocession de redevance de terminaison aux opérateurs des destinataires d'appels. Le modèle de coûts de l'IBPT indique que le volume total de minutes d'appel reçues par les trois opérateurs mobiles en provenance d'opérateurs fixes ou de l'étranger est de l'ordre de trois milliards de minutes par an (feuille « market », total des lignes 522 à 524 [Incoming calls from other national fixed networks] et 536 à 538 [Incoming calls from international], pour les années 2010 à 2013). Au prix de 1,08 centimes par minute, les redevances de terminaison produiront donc pour les trois opérateurs ensemble un revenu annuel net de l'ordre de 30 millions d'euros (on ignore ici les redevances de terminaison relatives aux appels d'un réseau mobile à un autre puisque, les tarifs étant symétriques, les redevances payées entre opérateurs mobiles s'équilibreront approximativement pour arriver à un solde net proche de zéro, comme démontré à la note infrapaginale 123 de la décision attaquée). Sans être insignifiant, ce chiffre est relativement négligeable au regard d'un chiffre d'affaire total pour les trois opérateurs de l'ordre de quatre milliards d'euros (voir la figure 4 au n° 190 de la décision attaquée).

Une étude commanditée par la Commission européenne confirme que la différence entre les méthodes LRIC pure et *bill and keep* est négligeable en pratique (TERA Consultants et Hogan Lovells, *Study on the future of interconnection charging methods*, référence Commission 2009-70-MR-EC, pp. 13 et 232).

Or la méthode *bill and keep*, qui ignore totalement les coûts du service de terminaison, ne serait manifestement pas compatible avec le principe d'orientation en fonction des coûts.

76. Toutefois, le principe d'orientation en fonction des coûts doit également être interprété en fonction de ses objectifs et de son contexte. La directive « accès » qui établit ce principe impose spécifiquement que les mesures le mettant en oeuvre soient « proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la [directive "cadre"] » (article 8, paragraphe 4). L'article 13, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive « accès » dispose que « [l]es autorités réglementaires nationales peuvent, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris [souligné par la Cour] des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts ». Ces termes indiquent que le législateur communautaire n'a pas voulu imposer une méthode de calcul unique et bien déterminée lorsqu'une mesure de contrôle des prix est nécessaire, et que l'essentiel est que les autorités poursuivent la réalisation des objectifs fixés par les directives européennes.

La réglementation du secteur des télécommunications n'existe pas pour elle-même ; elle constitue uniquement un outil au service des intérêts des utilisateurs et de la concurrence. L'article 8 de la directive « cadre », intitulé « Objectifs généraux et principes réglementaires », est fondamental à cet égard.

Le choix de la méthode LRIC pure a été fait tant par la Commission européenne dans sa recommandation que par l'IBPT dans la décision attaquée suite à une analyse fouillée des effets économiques d'une telle méthode (voir les paragraphes 65, 70 et 71 ci-dessus), analyse qui a mené la Commission et l'IBPT à conclure que cette méthode contribuera au mieux à la réalisation des objectifs imposés par la directive, en particulier la maximisation du bénéfice retiré par les utilisateurs en termes de choix et de prix, la promotion d'une concurrence non faussée et la promotion des investissements efficaces dans des infrastructures nouvelles et améliorées.

77. La jurisprudence étrangère est contradictoire.

Le Conseil d'Etat français (24 juillet 2009 (*Orange France*), n° 324642) a considéré que la méthode de fixation des tarifs de terminaison mobile adoptée par l'ARCEP, qui est comparable à la méthode LRIC pure adoptée par l'IBPT, est compatible avec les dispositions légales nationales ayant transposé les directives européennes mentionnées plus haut :

*Considérant que la référence aux coûts incrémentaux de long terme vise à limiter les coûts pris en compte au titre de l'encadrement tarifaire aux seules dépenses directement entraînées par la fourniture de la prestation de terminaison d'appel, à l'exclusion de toutes celles qui auraient, en tout état de cause, incombé à l'opérateur concerné ; [...] que la décision attaquée s'inscrit dans un processus de convergence qui voit les plafonds tarifaires fixés aux opérateurs diminuer pour se rapprocher, par étapes, des coûts incrémentaux de long terme d'un opérateur efficace ; que ce choix vise à accroître l'efficacité de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, en tenant compte de sa maturité et de la façon dont les opérateurs prennent en compte leurs propres coûts pour construire leurs offres de détail, et à réduire le transfert financier que la marge séparant les tarifs des coûts ainsi définis entraîne entre opérateurs de téléphonie fixe et opérateurs de téléphonie mobile au bénéfice de ces derniers, dans un contexte où le développement des offres dites de convergence accentue graduellement la concurrence entre eux et où les besoins d'investissement liés à la modernisation des réseaux fixes sont susceptibles de s'accroître ; [...]*

*Considérant, en premier lieu, que les dispositions précitées des articles L. 32-1 et D. 311 du code des postes et des communications électroniques ne font pas obstacle à ce que l'ARCEP retienne, au soutien des mesures d'encadrement tarifaire qu'elle impose, une référence aux coûts incrémentaux de long terme, dès lors, d'une part, qu'il apparaît que les objectifs analysés ci-dessus, qui guident ce choix, s'inscrivent dans le cadre de ceux fixés par ces dispositions, et d'autre part, que ces objectifs prennent en compte la situation du marché et sont en cohérence avec la nature de la méthode choisie ;*

Aux Pays-Bas, en revanche, le College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB, 31 août 2011 (*T-Mobile e.a. c. OPTA*)) a décidé que la méthode de tarification adoptée par l'ARCEP, dite « pure BULRIC » et comparable à la méthode LRIC pure adoptée par l'IBPT, était illégale parce que, d'une part, la méthode « plus BULRIC » (comparable à la méthode LRAIC+ de l'IBPT) était également orientée en fonction des coûts et était moins dommageable pour les opérateurs mobiles et, d'autre part, les défaillances concurrentielles spécifiques que la méthode « pure BULRIC » visait à pallier ne se présentaient pas sur le marché de gros mais bien sur le marché de détail dont l'OPTA avait par ailleurs admis qu'il était effectivement concurrentiel :

*De vraag die dient te worden beantwoord is of de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem dusdanig is, dat tariefregulering op grond van pure BULRIC met de genoemde ingrijpende gevolgen als passend kan worden beschouwd. De discussie tussen partijen heeft zich daarbij toegespitst op het mededingingsprobleem van de buitensporig hoge tarieven [...] Het College volgt echter niet de redenering van OPTA dat uit het voorgaande volgt dat naast plus BULRIC ook pure BULRIC mag worden opgelegd. Pure BULRIC is immers een verdergaande vorm van tariefregulering dan plus BULRIC - er is geen mark-up voor niet incrementele vaste kosten - en de tekst van artikel 6a.7, tweede lid, [Telecommunicatiewet] ondersteunt geenszins de interpretatie dat een vorm van tariefregulering mag worden opgelegd die verdergaat dan een tariefmaatregel die reeds als kostengeoriënteerd kan worden aangemerkt. [...] heeft OPTA de keuze voor pure BULRIC vooral gebaseerd op de motivatie dat tariefregulering op basis van pure BULRIC als enige het nadelige effect van een inefficiënte retailtariefstructuur geheel voorkomt. Niet in geschil is dat dit door OPTA gestelde probleem zich niet voordoet op de overeenkomstig artikel 6a.1, derde lid, [Telecommunicatiewet] onderzochte markten die voorwerp vormen van het marktanalysebesluit. Voor zover het probleem zich voordoet [...] doet het zich voor op de retailmarkt voor mobiele*

*telefonie, die door OPTA als effectief concurrerend wordt beschouwd. (n° 4.8.3.4)<sup>3</sup>*

Le CBb a toutefois ajouté que son analyse, et sa décision d'annuler la décision de l'OPTA, étaient basées uniquement sur le droit interne néerlandais et qu'il n'y avait pas lieu pour lui d'avoir égard à la recommandation de la Commission européenne :

*Het voorgaande wordt niet anders doordat de Commissie in de aanbeveling van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (2009/396/EG; hierna: de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven) pure BULRIC heeft aanbevolen als passende tariefmaatregel op de gespreksafgiftemarkten. Dat artikel 19, eerste lid, Kaderrichtlijn, bepaalt dat de lidstaten er voor zorgen dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van hun taken zoveel mogelijk rekening houden met de aanbevelingen van de Commissie, doet niet af aan de verplichting van OPTA om af te wijken van de - niet-*

<sup>3</sup> Traduction : La question à laquelle il y a lieu de répondre est de savoir si la nature du problème concurrentiel qui a été indentifié est telle qu'une réglementation tarifaire basée sur BULRIC pur, avec les conséquences sévères décrites ci-dessus, peut-être considérée comme appropriée. Le débat entre parties s'est à cet égard focalisé sur le problème concurrentiel des prix excessifs [...] Le Collège ne partage toutefois pas le raisonnement de l'OPTA selon lequel, outre le BULRIC plus, le BULRIC pur pourrait également être imposé. Le BULRIC pur est en effet une forme de réglementation tarifaire qui va plus loin que le BULRIC plus – il n'y a pas de mark-up pour les coûts fixes non incrémentaux – et le texte de l'article 6a.7, alinéa 2, de la [loi sur les télécommunications] n'apporte aucun soutien à l'interprétation selon laquelle il est permis d'imposer une forme de réglementation tarifaire qui aille au-delà d'une mesure tarifaire qui peut déjà être qualifiée d'orientée sur les coûts. [...] l'OPTA a principalement basé son choix du BULRIC pur sur le motif que seule cette méthode pallie totalement l'effet dommageable d'une structure inefficace des tarifs de détail. Il n'est pas contesté que ce problème décrit par l'OPTA ne se présente pas sur les marchés analysés conformément à l'article 6a.1, alinéa 3, de la [loi sur les télécommunications] qui font l'objet de la décision d'analyse de marché. Pour autant que ce problème se présente [...] c'est sur le marché de détail de la téléphonie mobile, que l'OPTA considère comme effectivement concurrentiel, qu'il apparaît.

*bindende - Aanbeveling gespreksafgiftetarieven indien zij anders in strijd zou handelen met bepalingen van nationaal recht. (n° 4.8.3.6)<sup>4</sup>*

Indépendamment des considérations que l'on pourrait exprimer sur cette approche (voir les paragraphes 59 et 60 ci-dessus), le fait que cette jurisprudence soit fondée exclusivement sur des considérations de droit interne néerlandais la rend peu pertinente en l'espèce.

78. La Cour, tout en reconnaissant la valeur des arguments exposés au paragraphe 75 ci-dessus, considère que l'interprétation en fonction du contexte et des objectifs de la directive doit prévaloir. L'article 13, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive « accès », interprété en ce sens, donne aux autorités réglementaires nationales le pouvoir d'adopter des mesures de contrôle des prix permettant aux opérateurs d'obtenir un prix qui ne couvre que le coût marginal (ou « évitable », selon les termes utilisés par la Commission européenne) du service concerné, et ne couvre pas les coûts qui, tout en étant nécessaires à la fourniture de ce service, doivent de toute manière également être exposés par les opérateurs à d'autres fins, lorsqu'une telle mesure est de nature à assurer au mieux la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive « cadre » et à l'article 13, paragraphe 2, de la directive « accès ».

Le moyen est dès lors rejeté.

---

<sup>4</sup> Traduction : Ce qui précède n'est pas affecté par le fait que la Commission, dans sa recommandation du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'Union européenne (2009/396/CE, ci-après la Recommandation sur les tarifs de terminaison d'appels), a recommandé le BULRIC pur comme mesure tarifaire appropriée sur les marchés de terminaison d'appels. La disposition de l'article 19, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive « cadre » qui impose aux États membres de veiller à ce que, dans l'exécution de leurs tâches, les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des recommandations de la Commission ne change rien à l'obligation qu'a l'OPTA de s'écarter de la Recommandation – non contraignante – sur les tarifs de terminaison d'appels lorsque, à défaut, elle agirait en violation de dispositions du droit national.

(g) **Exclusion des coûts de couverture et de spectre.**

79. *Moyen de Mobistar : même dans une logique LRIC pure, les coûts de couverture et de spectre sont liés au trafic et auraient dû être pris en compte proportionnellement au trafic de terminaison.*

80. Le modèle LRIC pur de l'IBPT a été construit, selon la décision attaquée (n° 417.4), conformément aux indications figurant dans la recommandation de la Commission européenne. Les coûts de couverture et de spectre sont en principe exclus du calcul, non pas parce qu'ils ne seraient pas liés au trafic, mais parce qu'ils ne sont pas évitables (voir le paragraphe 69 ci-dessus) ; ils sont toutefois pris en compte dans la mesure où ils sont générés par des besoins de capacité additionnelle qui n'auraient pas existé si l'opérateur n'avait pas fourni de service de terminaison à des tiers. Il n'est pas établi que la différence dans les formulations utilisées par l'IBPT dans certains passages de sa décision, telles que « *régulation tarifaire de gros sur la seule base des coûts strictement incrémentaux et excluant les autres coûts tels que notamment les coûts conjoints et les coûts communs (coûts de couverture nationale du réseau, coûts des licences, etc* » (n° 366) ou « *le seul recouvrement des coûts marginaux additionnels strictement associés à la fourniture de ce service de terminaison, lesquels doivent être évalués dans le contexte d'une approche à long terme, en excluant tout élément de coût qui ne serait pas directement et causalement lié à la fourniture de la prestation de gros en question* » (n° 369) est pertinente à cet égard.

Le traitement réservé par la décision aux coûts de couverture et de spectre est donc cohérent avec la logique inhérente à la méthode LRIC pure. Le moyen est rejeté.

(h) **Renforcement de Belgacom et Telenet.**

81. *Moyen de Mobistar : la baisse des tarifs de terminaison au niveau LRIC pur va favoriser les opérateurs fixes et créer une distorsion de concurrence en faveur de Belgacom et Telenet, au détriment de Mobistar ; elle favorisera en particulier les offres « combinées » et « d'abondance » de Belgacom et Telenet. Or le marché belge est caractérisé par des asymétries de parts de marchés significatives, des différences d'économies d'échelle considérables entre opérateurs, et une situation de*

*concurrence pas toujours saine ; les offres combinées sont dominées par Belgacom et Telenet, et la décision attaquée va encore renforcer cette domination. Ceci constitue une violation du principe de la promotion d'une concurrence non faussée.*

82. Il est *a priori* exact que la baisse significative des tarifs de terminaison mobile profitera aux opérateurs fixes au détriment des opérateurs mobiles (entre opérateurs mobiles, si l'on fait abstraction d'une éventuelle asymétrie des tarifs, il s'agit quasiment d'un jeu à somme nulle puisque chacun est aussi bien débiteur que bénéficiaire des redevances de terminaison). L'analyse d'impact effectuée par la Commission européenne avant l'adoption de sa recommandation estime que l'application de la méthode LRIC pure entraînera, pour la période 2009-2012 et pour l'ensemble de l'Union européenne, une perte de cash flow de l'ordre de quatre milliards d'euros pour les opérateurs mobiles, et un gain corrélatif de deux milliards d'euros pour les opérateurs fixes et de deux milliards d'euros pour les consommateurs (*Commission staff working document, op. cit., p. 3*).

Toutefois, il s'agit ici de la suppression d'une distorsion qui existait précédemment au détriment des opérateurs fixes, plutôt que de la création d'une distorsion en leur faveur. Comme indiqué ci-dessus, la Commission et l'IBPT ont délibérément voulu mettre fin aux très fortes asymétries qui existaient entre tarifs de terminaisons fixe et mobile et aux transferts anticoncurrentiels que ces asymétries entraînaient du secteur fixe vers le secteur mobile. La Commission et l'IBPT ont pu raisonnablement estimer que, vu le niveau de maturité atteint par le secteur de la téléphonie mobile, ces transferts - qui avaient pu initialement soutenir l'essor d'une industrie naissante - ne se justifiaient plus.

En outre, en ce qui concerne spécifiquement Belgacom, celle-ci est tenue en vertu d'une décision de l'IBPT du 6 novembre 2008 de « répercuter complètement et immédiatement les baisses de charges de terminaison des opérateurs tiers, fixes et mobiles, qui résultent de décisions de l'IBPT » (décision de l'IBPT du 6 novembre 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour

les marchés 3 et 5, sélectionnés dans la recommandation de la commission européenne du 11 février 2003, n° 295 ; l'argument soulevé par KPN selon lequel cette décision n'aurait été valable que pour un an et serait expirée n'est pas exact, la décision disposant en son point C15 qu'elle reste en vigueur jusqu'à la prochaine décision concernant les mêmes marchés). Le bénéfice provenant de la décision attaquée ne revient donc pas aux activités fixes de Belgacom, et est attribué en totalité aux consommateurs. Mobistar soutient que Belgacom contournera l'obligation de répercuter sur le client final les baisses de tarifs de terminaison, mais cette assertion n'est pas démontrée.

83. Il est exact également que la décision attaquée favorisera le développement des offres combinées ou « convergentes ». C'est d'ailleurs l'un de ses objectifs déclarés. Le fait que Belgacom et Telenet seraient, plus que Mobistar, capables de commercialiser de telles offres ne rend pas la décision attaquée injustifiée.

En premier lieu, l'un des objectifs assignés à l'IBPT par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques est de « veill[er] à ce que les utilisateurs retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité » (article 6, 1°). Même si une mesure qui favorise les offres combinées devait favoriser certains opérateurs par rapport à d'autres, encore l'IBPT pourrait-il décider de donner la priorité à l'objectif de maximisation des choix offerts aux utilisateurs. La tâche de l'IBPT, placé face à une multitude d'objectifs à réaliser, qui parfois peuvent revêtir un caractère contradictoire et dont l'importance est variable en fonction de l'évolution de l'environnement à réguler, consiste essentiellement à concilier raisonnablement l'ensemble de ces objectifs.

En second lieu, la décision attaquée vise expressément à provoquer « une dynamique nouvelle dans le marché belge des télécommunications » (n° 368) et à favoriser « l'émergence de nouveaux produits commerciaux convergents entre services fixes et services mobiles » (n° 378.3). L'IBPT attend des opérateurs qu'ils participent à cette dynamique ; cette attente est légitime. Mobistar a d'ailleurs déjà lancé la commercialisation de services *multiple play* et s'inscrit dans cette évolution.

Enfin, Mobistar invoque des asymétries de parts de marchés significatives qui caractériseraient le marché belge. Elle ne démontre toutefois pas que la situation du marché belge serait différente à cet égard de celle de la plupart des autres marchés européens.

Le moyen est rejeté.

(i) **Impact financier négatif considérable.**

84. *Moyen de Mobistar : les tarifs LRIC purs auront un impact négatif considérable sur la situation financière et la capacité d'investissement de Mobistar, et affecteront ainsi sa capacité concurrentielle.*

85. Comme indiqué au paragraphe 82 ci-dessus, l'étude d'impact préalable à la recommandation de la Commission a identifié l'impact négatif de la méthode LRIC pure sur les revenus des opérateurs mobiles. La décision attaquée le reconnaît également, et c'est précisément pour cette raison qu'elle a prévu l'application d'un *glide path* pendant une période transitoire.

Toutefois, la décision attaquée explique également qu'elle attend de la nouvelle méthode de régulation une augmentation des volumes de consommation, provoquée par la baisse des prix, le développement de nouveaux services, et plus d'efficacité dans les investissements (n° 360, 364, 368 et 369). Analysé dans une perspective dynamique, l'impact de la décision attaquée sur les revenus de Mobistar devrait donc être nettement moins négatif que ce qu'elle affirme. Le passage cité au paragraphe 70 ci-dessus, extrait de l'étude d'impact réalisée par la Commission, exprime la même conclusion.

Mobistar ne démontre pas que la décision attaquée aura sur sa situation financière un effet d'une ampleur telle que sa capacité concurrentielle en sera significativement affectée ni que, si même cela était le cas, l'équilibre trouvé par l'IBPT entre les différents objectifs qu'il doit poursuivre en deviendrait manifestement déraisonnable.

Le moyen est rejeté.

(j) **Effet de vases communicants.**

86. *Moyen de Mobistar : les pertes subies sur le service de terminaison devront être récupérées sur d'autres services, par un effet de vases communicants qui entraînera une hausse des prix de détail, en particulier pour les clients qui reçoivent de nombreux appels mais appellent peu eux-mêmes ; certains types d'offres pré-payées deviendront non rentables et disparaîtront. Ceci ne respecte pas l'intérêt des consommateurs.*

87. Les arguments invoqués par Mobistar ont été examinés par l'IBPT dans la décision attaquée (n° 360 à 362) et, avant cela, par la Commission dans son étude d'impact (*Commission staff working document, op. cit.*, section 4.3.4). Leur conclusion, basée notamment sur des observations empiriques, est que des tarifs de terminaison bas sont corrélés avec des prix de détail plus bas également, que le risque d'éviction de certains clients à faible consommation et de disparition de certains types d'offres est concevable en théorie mais ne se vérifie pas en pratique, et que le risque de hausse des prix de détail par un effet de vases communicants est assez limité compte tenu de la pression concurrentielle. Ces conclusions ne sont pas manifestement déraisonnables. En outre, les effets prédits par Mobistar ne paraissent pas s'être vérifiés dans la réalité alors que les tarifs applicables depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont déjà en partie déterminés en fonction de la méthode LRIC pure et se situent, dans le cas de Mobistar, à moins de la moitié du niveau antérieur (4,17 centimes, venant de 9,02 centimes).

Le moyen est rejeté.

(k) **Ramsey et Boiteux.**

88. *Moyen de Mobistar : la méthode LRIC pure est contraire au principe de l'efficacité économique, qui veut que les coûts conjoints ou communs à plusieurs services soient répartis entre ceux-ci en fonction inverse de l'élasticité de la demande pour le service concerné (règle de Ramsey et Boiteux). Or la demande pour les services de terminaison est relativement inélastique, de sorte qu'une partie des coûts conjoints et communs aurait dû être imputée à ces services.*

89. La décision attaquée explique de manière détaillée pourquoi la méthode LRIC pure est, selon l'IBPT, économiquement efficace (voir les paragraphes 70 et 71 ci-dessus). Elle mentionne la théorie de Ramsey et en dit ceci (note infrapaginale 106) :

*Cette approche de Ramsey consiste à allouer une plus forte partie de coûts communs aux services, tels que la terminaison d'appels, qui présentent la plus faible élasticité. Même si de nombreuses études ont été effectuées dans différents pays (en particulier au Royaume-Uni) à propos de cette technique d'imputation des coûts communs, elle n'a cependant jamais été mise en oeuvre en pratique aux fins de régulation en raison notamment de la difficulté de déterminer des valeurs fiables pour les coefficients d'élasticité.*

L'analyse économique effectuée par l'IBPT n'est pas manifestement déraisonnable. La règle de Ramsey et Boiteux ne s'impose pas de manière juridiquement contraignante aux autorités de régulation.

Le moyen est rejeté.

(I) **Manque de fiabilité.**

90. *Moyen de Mobistar : la modélisation LRIC pure est peu fiable, et ses résultats sont extrêmement sensibles à certaines variations d'hypothèses.*

91. La décision attaquée énumère les avantages et inconvénients des différentes méthodes de détermination des coûts de terminaison, et retient parmi les inconvénients de l'approche LRIC pure une « plus forte sensibilité, à l'égard des hypothèses adoptées » (n° 422.1). Rien n'indique toutefois que cette sensibilité soit telle qu'elle rende la méthode fondamentalement non fiable. Au contraire, les niveaux de prix produits par cette méthode dans les différents pays européens qui l'ont déjà mise en oeuvre sont relativement proches, alors qu'un excès de sensibilité de la méthode aurait eu tendance à générer des résultats erratiques.

Le moyen est rejeté.

(m) **Discrimination par rapport aux opérateurs de réseaux fixes.**

92. *Moyen de Mobistar : les opérateurs de réseaux fixes et mobiles ont des structures de coûts et de revenus différentes (les coûts des premiers étant déterminés par le nombre de lignes d'abonnés et recouverts par les redevances d'abonnement, et les coûts des seconds étant déterminés par le trafic et n'étant pas recouverts par abonnement), de sorte que l'application aux deux types d'opérateurs de méthodes de tarification similaires viole le principe de non-discrimination. La prétendue distorsion de concurrence qui aurait existé entre ces opérateurs et que la décision attaquée voulait pallier était en réalité inexistante.*

93. La décision attaquée a uniquement pour objet de fixer les tarifs de terminaison mobile, et n'établit pas de tarifs de terminaison fixe. Il ne s'agit donc pas d'une décision qui s'appliquerait de la même manière à deux catégories d'opérateurs se trouvant objectivement dans des situations différentes, et qui enfreindrait pour cette raison le principe de non-discrimination.

La décision examine spécifiquement la situation des opérateurs mobiles et leur applique un modèle de coûts qui leur est propre. Ici encore, il se s'agit pas d'une mesure indiscriminée.

L'IBPT constate par ailleurs dans sa décision qu'« en Belgique comme dans les autres pays européens en général, il existe toujours à l'heure actuelle un écart très important entre les niveaux respectifs des charges de terminaison MTR [*mobile termination rates*, charges de terminaison mobile] sur les réseaux mobiles et des charges de terminaison FTR [*fixed termination rates*, charges de terminaison fixe] sur les réseaux fixes : le rapport entre les niveaux de ces charges FTR et MTR est encore au moins de l'ordre d'un facteur égal à dix », et que ceci provient d'une « différence d'approche historique [qui] s'explique par les structures tarifaires au niveau retail : dans le cas des services fixes, le coût du réseau d'accès (en l'occurrence il s'agit de la boucle locale généralement encore constituée de paires métalliques symétriques torsadées) est censé être recouvert par le biais de l'abonnement mensuel fixe. La justification de cette divergence d'approches tarifaires entre réseaux fixes et mobiles tient au fait que, dans un réseau mobile, aucune ressource du réseau n'est dédiée à un seul

client alors que, dans les technologies fixes, la liaison de raccordement local (paire métallique, voire fibre optique) peut être considérée comme entièrement allouée aux besoins d'un même abonné » (n° 221 et note infrapaginale 77). Il observe également que « l'écart actuellement toujours considérable entre les charges de terminaison des opérateurs mobiles (MTR) et des opérateurs fixes (FTR) est une source d'importants effets de subsides des opérateurs (et leurs clients) fixes vers les opérateurs (et leurs clients) mobiles, ce qui est de nature à distordre la concurrence entre ces deux catégories d'opérateurs de réseaux et de clients de services de télécommunications et à freiner l'émergence de nouveaux produits commerciaux convergents entre services fixes et services mobiles » (n° 378.3). Ces considérations justifient la mesure prise sans enfreindre en aucune manière le principe de non-discrimination.

(n) **Servilité de la motivation.**

94. *Moyen de Mobistar : l'IBPT n'a pas motivé, par une analyse comparative des deux méthodes appliquées concrètement à la situation du marché belge, son choix de l'approche LRIC pure plutôt que LRAIC+, et s'est contenté de suivre servilement la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne.*

95. La décision attaquée décrit en détail les raisons justifiant les mesures prises par l'IBPT, tant d'un point de vue générique qu'au vu de la situation spécifique du marché belge (voir notamment le paragraphe 71 ci-dessus et les renvois qui y sont faits aux passages pertinents de la décision attaquée). Le fait que l'IBPT aboutisse à la même conclusion que la Commission européenne n'implique pas qu'il ait suivi servilement la recommandation de la Commission.

L'IBPT a considéré dans sa décision que « l'objectif général d'harmonisation européenne résultant du cadre réglementaire et dont la mise en oeuvre appartient à la Commission européenne sera au mieux rencontré si l'IBPT s'aligne sur les principes harmonisés tels que recommandés par la Commission au niveau de l'Union européenne, et ce compte tenu qu'aucune circonstance nationale spécifiquement belge ne saurait justifier de dévier des principes harmonisés en question » (n° 374.4). Cette proposition constitue l'application exacte de l'injonction

qui lui est faite par l'article 7, 4°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques « de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes au niveau européen » et par l'article 19 de la directive « cadre » de tenir le plus grand compte des mesures d'harmonisation adoptées sous la forme de recommandations par la Commission européenne.

#### **(4) Le *glide path* – moyens de KPN.**

96. KPN invoque l'illégalité du *glide path* en tant que celui-ci est appliqué à Belgacom et Mobistar ; elle affirme qu'un *glide path* était justifié en ce qui la concerne mais pas en ce qui concerne les deux autres opérateurs. Elle considère que la décision attaquée viole à cet égard les principes de proportionnalité et de non-discrimination, et n'est pas dûment motivée. En particulier, elle invoque que :

- l'IBPT n'a pas effectué une analyse *in concreto* de la situation de chacun des opérateurs ;
- l'IBPT ne fournit aucune preuve pour démontrer le prétendu effet disruptif de l'application directe des tarifs LRIC purs pour Belgacom et Mobistar, un tel effet étant par ailleurs inexistant ; et
- le *glide path* est préjudiciable pour le consommateur et le développement de la concurrence et se base sur une appréciation erronée du marché belge.

97. La thèse de KPN revient à réclamer pour elle-même l'application du *glide path* prévu par la décision attaquée (c'est-à-dire un tarif de 5,68 centimes par minute du 1<sup>er</sup> août au 31 décembre 2010, de 4,76 centimes par minute pendant l'année 2011, de 2,92 centimes par minute pendant l'année 2012, et de 1,08 centimes par minute pendant l'année 2013, ou même un tarif plus élevé jusqu'à fin 2012 si son moyen relatif aux erreurs de paramétrage du modèle LRAIC+ avait été accueilli), et pour les deux opérateurs concurrents un tarif de 1,08 centimes par minute dès le 1<sup>er</sup> août 2010.

Cette thèse, si elle avait été suivie par l'IBPT, aurait abouti aux deux conséquences suivantes. D'une part, l'IBPT aurait appliqué entre le 1<sup>er</sup>

août 2010 et le 31 décembre 2012 des méthodologies d'orientation en fonction des coûts différentes selon les opérateurs : Belgacom et Mobistar auraient été soumises à la méthode LRIC pure, tandis que KPN aurait été soumise à la méthode LRAIC+ puis à un mélange entre les méthodes LRAIC+ et LRIC pure. D'autre part, l'asymétrie des tarifs entre les différents opérateurs aurait augmenté : par exemple, au 1<sup>er</sup> août 2010, les tarifs respectifs de KPN et Belgacom seraient passés de 11,43 et 7,20 à 5,68 et 1,08 centimes par minute. Les tarifs de terminaison de KPN, qui représentaient précédemment 158 % de ceux de Belgacom, seraient passés à 526 % de ceux-ci, la différence absolue passant de 4,23 à 4,60 centimes par minute.

Ces deux conséquences eussent été, de manière tellement manifeste, contraires au principe de non-discrimination et à l'objectif de promotion d'une concurrence non faussée, que l'IBPT a pu rejeter sans autre examen l'approche préconisée par KPN. Le poids des arguments invoqués par KPN, à supposer que ceux-ci soient exacts, n'aurait en toute hypothèse pas prévalu face à cette discrimination flagrante et à ce risque évident de distorsion de la concurrence. La conclusion s'impose d'autant plus que l'IBPT avait constaté une amélioration sensible de la situation concurrentielle de KPN (décision attaquée, n° 185 à 200) :

*Mais après dix années de présence commerciale active de la société KPN Group Belgium / Base sur le marché belge, l'IBPT est amené à constater que la situation de cet opérateur s'est très sensiblement améliorée et que le marché mobile belge évolue très clairement vers un environnement plus concurrentiel. (n° 187)*  
[suit l'analyse de la position de KPN en termes de part de marché des clients actifs, de chiffre d'affaire, de marges EBITDA et de volume d'appel]

*En conclusion, même si la société KPN Group Belgium / Base reste, en termes de taille, le troisième opérateur sur le marché mobile belge, l'IBPT est amené à constater que sa situation s'est notablement améliorée et renforcée en réduisant son handicap résultant de son entrée tardive sur le marché, vis-à-vis des deux autres opérateurs mobiles, en particulier par rapport à la société Mobistar. On peut donc considérer que la société KPN Group*

*Belgium / Base a désormais atteint la taille critique nécessaire sur le marché mobile en Belgique et cette seule constatation [...] conduit à conclure que plus rien ne saurait encore justifier un régime de régulation asymétrique au bénéfice de cet opérateur.*  
(n° 193)

La Cour note en outre, comme indiqué au paragraphe 100 ci-dessous, que la Commission européenne recommande que l'asymétrie tarifaire en faveur des nouveaux entrants ne dépasse pas quatre ans (recommandation du 7 mai 2009, considérant 17 et point 10).

98. A titre surabondant, en réponse à l'ensemble des autres arguments avancés par KPN sur le *glide path*, la Cour ajoute les observations suivantes :

- Contrairement à ce qu'affirme KPN, la décision attaquée se fonde sur une analyse *in concreto* de la situation de chacun des opérateurs (voir par exemple les passages cités au paragraphe 97 ci-dessus, ainsi que les études d'impacts de différents scénarios sur chacun des opérateurs figurant aux pièces 79 à 81 du dossier administratif).
- L'IBPT justifie le caractère disruptif d'une application immédiate des tarifs LRIC purs par l'importance de la réduction des tarifs, en comparaison avec le niveau LRAIC antérieur (n° 434.5 de la décision attaquée). Cette motivation de bon sens est pertinente pour chacun des trois opérateurs. Compte tenu de l'objectif poursuivi par ailleurs de réduire le différentiel tarifaire entre les opérateurs, si même il s'était avéré que Belgacom et Mobistar eussent été en mesure de supporter une telle disruption, la simple existence d'un effet disruptif excessif à l'égard de KPN aurait suffi à justifier la mise en place d'un *glide path* applicable à l'ensemble des trois opérateurs.
- La Cour n'aperçoit pas en quoi le *glide path* serait préjudiciable aux consommateurs et au développement de la concurrence. Au contraire, l'on pourrait craindre qu'une diminution trop brutale des tarifs de terminaison, qui ne laisse pas le temps aux opérateurs d'adapter leur stratégie commerciale ou leur structure de coûts, ne provoque par compensation une hausse des prix de détail.

- La Cour n'aperçoit pas en quoi l'appréciation du marché belge effectuée par l'IBPT serait erronée. Au contraire, la distribution des parts de marchés entre les trois opérateurs actifs sur le marché belge n'est pas atypique en comparaison avec la situation dans les autres pays de l'Union européenne, et il n'y a donc *a priori* pas de raison à cet égard de s'écarter de l'harmonisation recommandée par la Commission européenne.
- La recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne n'exige pas, au contraire de ce que prétend KPN, que la méthode LRIC pure soit appliquée le plus rapidement possible, c'est-à-dire déjà avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013 ; elle admet expressément qu'une période transitoire jusque fin 2012 répond adéquatement au besoin urgent d'orienter les tarifs en fonction des coûts (considérant (21) de la recommandation).

#### **(5) Le glide path – moyens de Mobistar.**

99. Mobistar soutient que le régime transitoire, dit « *glide path* », mis en place par l'IBPT viole les principes de non-discrimination, de proportionnalité et de sécurité juridique, et n'est pas dûment motivé.

En particulier, Mobistar reproche au *glide path* d'être plus sévère pour elle que pour Belgacom, et de ne pas être plus long en sa faveur. Elle reproche au *glide path* d'être initialement trop brutal et d'imposer une première baisse de tarifs de plus de 50 % en un mois seulement. Enfin, elle considère que la durée du *glide path* est trop courte.

100. En ce qui concerne la prétendue discrimination par rapport à Belgacom, la décision attaquée applique la même logique aux trois opérateurs : la première étape du *glide path*, applicable du 1<sup>er</sup> août au 31 décembre 2010, fixe le tarif maximal de chaque opérateur au niveau des coûts réels « LRAIC+ » de cet opérateur. La fin du *glide path* est la même pour les trois opérateurs, soit 1,08 centimes par minute à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013. Les deux périodes intermédiaires, couvrant respectivement l'année 2011 et l'année 2012, sont fixées pour chaque opérateur par interpolation linéaire entre le point de départ et le point d'arrivée de son *glide path*.

Le *glide path* n'est donc pas plus sévère pour Mobistar que pour Belgacom, au contraire : il permet à Mobistar de facturer à Belgacom jusqu'à fin 2012 des tarifs de terminaison plus élevés que ceux que Belgacom peut facturer à Mobistar. Si les réductions de tarifs sont plus importantes chez Mobistar que chez Belgacom, c'est précisément parce que Mobistar bénéficiait au départ de tarifs plus élevés, et ceci ne rend pas ces réductions discriminatoires.

Certes, le statut de premier entrant de Belgacom lui a donné des avantages concurrentiels indéniables par rapport à Mobistar, qui persistent peut-être encore en partie. Ceci peut justifier un traitement différencié par l'IBPT. C'est exactement ce que l'IBPT a fait en accordant pendant toute la durée du *glide path* des tarifs plus élevés à Mobistar qu'à Belgacom. Compte tenu du fait que Mobistar aura bénéficié d'une telle discrimination positive pendant près de 17 ans, alors que la Commission européenne recommande que l'asymétrie tarifaire en faveur des nouveaux entrants ne dépasse pas quatre ans (recommandation du 7 mai 2009, considérant 17 et point 10), que la part de marché de Mobistar dépasse largement le seuil d'efficacité économique (la recommandation de la Commission européenne évalue ce seuil à 15 à 20 %, et la décision attaquée (n° 177) relève pour 2008 une part de marché de Mobistar de 36,3 %), et que le revenu moyen par client (ARPU ou *average revenue per user*) de Mobistar dépasse depuis 2009 celui de Belgacom, l'IBPT a pu raisonnablement considérer que le traitement de faveur accordé à Mobistar pendant la durée du *glide path* suffisait à compenser les avantages concurrentiels que Belgacom détiendrait encore.

101. La prétendue brutalité de la première étape du *glide path* doit être appréciée en tenant compte des motifs suivants de la décision attaquée (n° 434.9) :

*[...] rien ne saurait justifier de ne pas obliger les trois opérateurs concernés à aligner très rapidement leurs tarifs MTR respectifs sur leurs coûts réels propres tels que calculés par le modèle avec la méthodologie LRAIC+. [...] Une éventuelle actualisation de l'ancien modèle de coûts de 2005 (en particulier avec les données récentes relatives aux volumes de trafic véhiculés) n'aurait pas manqué de mettre en évidence l'écart excessif entre les tarifs actuels et les*

*niveaux de coûts réels : ainsi, l'écart pour les trois opérateurs concernés entre le tarif MTR actuel et le coût calculé avec la méthode LRAIC+ pour 2010 s'élève à 59 % pour Belgacom Mobile / Proximus, 83 % pour Mobistar et 101 % pour KPN Group Belgium / Base (dans ce dernier cas, le tarif actuellement appliqué est donc supérieur au double du niveau réel de coût). L'application immédiate de tarifs reflétant les niveaux de coûts réels (LRAIC+) calculés par le nouveau modèle BULRIC ne fait donc que mettre fin à cette situation de divergence excessive entre les tarifs actuels et les coûts réels des trois opérateurs mobiles [...]*

Cette motivation donne une justification pertinente à la forte réduction des tarifs lors de la première étape du *glide path*.

Il n'est par ailleurs pas exact que les opérateurs n'auraient disposé que d'un mois pour se préparer à la nouvelle réglementation. La décision attaquée a été adoptée le 29 juin 2010 au terme d'un processus de consultation lancé le 1<sup>er</sup> février 2010, dans lequel les opérateurs avaient été impliqués, et reflète la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne, publiée le 20 mai 2009 au *Journal officiel*.

102. Quant à la durée du *glide path*, l'IBPT a choisi de s'aligner sur la recommandation de la Commission européenne, notamment pour assurer un certain parallélisme dans l'évolution des tarifs entre la Belgique et les pays voisins et éviter un déséquilibre entre les flux transfrontaliers entrants et sortants de redevances de terminaison (n° 434.6 et 441 de la décision attaquée). Ce choix n'est pas déraisonnable, d'autant plus que Mobistar ne démontre pas que le marché belge présenterait par rapport aux autres États membres des spécificités qui justifieraient une période de transition plus longue.

Les différents moyens de Mobistar à l'encontre du *glide path* sont rejetés.

### **(6) La spécificité de Mobistar par rapport à Belgacom.**

103. Mobistar reproche à la décision attaquée de ne pas avoir pris en compte la spécificité de sa situation concurrentielle par rapport à celle de Belgacom Mobile, qui jouit de coûts plus faibles en raison de son

appartenance au groupe de l'opérateur fixe historique et de sa position de premier entrant sur le marché belge.

104. La Cour renvoie à cet égard au dernier alinéa du paragraphe 100 ci-dessus. Le moyen est rejeté.

### **(7) La symétrie des tarifs.**

105. Mobistar invoque que la symétrie des tarifs de terminaison imposée par l'IBPT à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013 (et intervenant comme facteur de calcul des tarifs intermédiaires à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2011) viole les objectifs du cadre réglementaire relatifs à la promotion d'une concurrence non faussée et à la protection du consommateur ainsi que le principe de non-discrimination. Son argumentation repose, pour chacun de ces objectifs ou principe, sur la persistance en faveur de Belgacom d'avantages concurrentiels découlant de son statut de premier entrant sur le marché.

106. La symétrie tarifaire retenue par l'IBPT est indissociablement liée à une modélisation des coûts effectuée en fonction d'un « opérateur hypothétique efficace » plutôt qu'en fonction des coûts réels de chaque opérateur. La décision attaquée Inclut à cet égard la motivation suivante :

*Le débat entre économistes sur les mérites respectifs de ces deux régimes de régulation (symétrie ou asymétrie), qui sont clairement antagonistes et inconciliables, a fait l'objet ces dernières années de multiples polémiques. Ces approches de régulation paraissent toutes deux parfaitement défendables sur le plan de l'argumentation économique. (n° 322) [suit un exposé des arguments respectifs en faveur de chacun des deux régimes]*

*Mais les avantages supposés d'une régulation asymétrique des charges MTR ne peuvent porter que sur le cas d'opérateurs entrés plus ou moins récemment sur le marché. Sur un marché arrivé à la pleine maturité, ce qui est le cas du marché mobile belge, dont le taux de pénétration dépasse désormais les 100%, avec trois acteurs qui ont tous au moins une dizaine d'années d'existence, il ne serait plus raisonnable de maintenir une régulation de type*

*asymétrique car les inconvénients associés à ce mode de régulation asymétrique s'avèrent prépondérants. (n° 323)*

La décision attaquée expose ensuite de manière détaillée les raisons pour lesquelles l'IBPT a donné la préférence à une approche symétrique basée sur les coûts d'un opérateur hypothétique efficace : reflet de la situation d'un marché parfaitement concurrentiel, qui est précisément la situation que la régulation vise à promouvoir (n° 335) ; transparence en faveur des consommateurs, pour qui il est malaisé d'identifier l'opérateur du destinataire d'un appel vu la portabilité des numéros de téléphone mobile (n° 338) ; promotion de la loyauté de la concurrence (*level playing field*) entre les opérateurs (n° 340) ; harmonisation européenne compte tenu de la pratique la plus répandue dans les autres pays européens, de la « position commune » du European Regulators Group, et de la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne (n° 335 à 346). Cette motivation est pertinente et est conforme aux objectifs et principes auxquels l'IBPT doit tendre à se conformer.

Quant à la prétendue discrimination résultant de la non-prise en compte des avantages concurrentiels de Belgacom, la Cour renvoie au dernier alinéa du paragraphe 100 ci-dessus.

Le moyen est rejeté.

### **(8) L'analyse du marché de détail.**

107. Mobistar affirme que l'analyse du marché de détail est un préalable nécessaire à l'analyse du marché de gros et que l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation dans la définition, la caractérisation et l'analyse du marché de détail, erreur qui a entraîné une mauvaise analyse du marché de gros et des remèdes inappropriés. Elle reproche à l'IBPT de n'avoir ni évalué l'efficacité des mesures passées ni analysé sérieusement les effets attendus des nouvelles mesures.

Mobistar soutient que le marché de détail de la téléphonie mobile est nettement plus concurrentiel que ce qu'indique la décision attaquée, en raison du rôle croissant des MVNOs et de l'entrée de Telenet sur le marché. Elle invoque des distorsions de concurrence résultant du niveau élevé des marges perçues par Telenet sur ses appels « fixe vers mobile »,

ainsi que des offres d'abondance offertes par les opérateurs fixes qui permettront à ceux-ci de capter une partie croissante du trafic sortant au détriment des opérateurs mobiles.

Mobistar reproche à l'IBPT de ne pas avoir tenu compte du fait que les tarifs de détail de téléphonie mobile ont baissé au cours des dernières années, indépendamment de la réglementation des tarifs de terminaison, et que cette réglementation n'a en revanche pas atteint son objectif de réduction des tarifs de téléphonie fixe. Elle affirme que la réglementation aboutit à ce que les opérateurs mobiles subsidient les opérateurs fixes, qui réalisent des marges supérieures sur les appels vers des numéros mobiles que vers leurs propres numéros fixes. Elle affirme également que la baisse des redevances de terminaison au niveau LRIC pur entraînera, par un effet de vases communicants, une augmentation des prix de détail.

Mobistar note la forte croissance des offres combinées ; elle affirme que ce phénomène renforcera la position concurrentielle de Belgacom sur le marché de détail, et rend impossible le contrôle de la répercussion par Belgacom des baisses de tarifs de terminaison sur les prix de détail.

Par ailleurs, Mobistar invoque que les remèdes imposés par l'IBPT ne sont pas justifiés : l'IBPT n'aurait pas analysé le marché de détail alors que les remèdes sont motivés par la volonté de combattre des prétendues distorsions de concurrence sur le marché de détail ; alors que la décision attaquée prétend mettre fin à des distorsions de concurrence existant entre opérateurs fixes et mobiles au détriment des opérateurs fixes, elle aboutirait au contraire à des effets anticoncurrentiels à l'avantage des opérateurs fixes et en particulier de Telenet, Voo et Belgacom ; enfin, l'IBPT n'aurait pas analysé le marché de détail des offres convergentes.

108. Le marché de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels a été recensé par la recommandation du 17 décembre 2007 de la Commission européenne (recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2007/879/CE, *J.O.U.E.*, L344,

28 décembre 2007, p. 65) comme marché pertinent devant être analysé par les autorités réglementaires nationales et susceptible, s'il n'est pas effectivement concurrentiel, de donner lieu à l'imposition d'obligations réglementaires spécifiques – dont l'obligation d'orientation en fonction des coûts – à charge des entreprises identifiées comme puissantes sur ce marché (directive « cadre », articles 15 et 16).

Rien n'imposait à l'IBPT de procéder à une analyse complète du marché de détail : l'IBPT était tenu d'analyser le marché de terminaison qui est un marché de gros, ce qu'il a fait ; il n'était tenu de considérer le marché de détail que dans la mesure nécessaire pour assurer l'adéquation des remèdes à leur objectif ultime, qui est d'apporter des avantages au consommateur final en rendant les marchés de détail concurrentiels de manière durable (recommandation du 17 décembre 2007, considérant (2) ; voir dans le même sens Bruxelles, 30 juin 2009 (*Belgacom Mobile c. IBPT e.a.*), R.G. n° 2006/AR/2332, n° 47). Or la décision attaquée, si elle n'a pas procédé à une analyse de marché proprement dite au niveau du marché de détail (notamment parce qu'elle n'a pas déterminé si certaines entreprises y disposaient d'une puissance significative), a néanmoins examiné en détail les caractéristiques de ce marché (n° 96 à 128, 164 à 178, 197 à 200, 208 et 209).

109. En ce qui concerne l'argument que la présence de MVNOs et de Telenet sur le marché rendrait le marché de détail plus concurrentiel que ce qu'indique la décision attaquée, la Cour n'aperçoit pas en quoi ceci peut affecter la conclusion que chacun des trois opérateurs mobiles dispose d'une position monopolistique quant à la terminaison d'appels mobiles sur son propre réseau, susceptible en l'absence de régulation de mener à des prix excessifs, ni l'adéquation des remèdes imposés par la décision attaquée.

Le niveau prétendument considérable des marges réalisées par Telenet sur les appels « fixe vers mobile » n'est pas démontré par Mobistar (Belgacom affirme au contraire que les marges brutes des opérateurs mobiles sont bien plus importantes que celles des opérateurs fixes, et Mobistar ne fournit pas à la Cour les éléments qui permettraient de prouver son assertion).

La Cour n'aperçoit pas non plus pourquoi les offres d'abondances seraient l'apanage des opérateurs fixes et permettraient à ceux-ci de capter une part accrue du trafic sortant ; les opérateurs mobiles sont également en mesure de commercialiser de telles offres.

Mobistar invoque la baisse des prix de détail des communications mobiles au cours des dernières années. Cette baisse est réelle mais, d'une part, elle ne démontre en rien l'inutilité ou l'inopportunité du contrôle des tarifs de terminaison et, d'autre part, l'IBPT constate que les prix de détail restent trop élevés en Belgique par rapport aux autres pays européens (Commission européenne, *Progress report on the single European electronic communications market (15<sup>th</sup> report)*, tableau 7, p. 11). Quant aux prix des appels « fixe vers mobile », les chiffres communiqués par l'IBPT contredisent la thèse de Mobistar et montrent que les tarifs de détail ont baissé parallèlement à la baisse des redevances de terminaison ; l'IBPT affirme qu'il contrôle effectivement le respect par Belgacom de l'obligation de répercuter les réductions de tarif de terminaison dans ses prix de détail (voir paragraphe 82 ci-dessus) et, vu l'amende qu'il a imposée à Belgacom le 25 juillet 2008 pour violation de cette obligation, cette affirmation paraît exacte.

L'affirmation de Mobistar selon laquelle les marges réalisées par les opérateurs fixes seraient plus élevées sur les appels vers des numéros mobiles que vers des numéros fixes n'est pas prouvée en fait et, le fût-elle, elle ne démontre pas la thèse que ce seraient en réalité les opérateurs mobiles qui subventionnent les opérateurs fixes ni l'inopportunité de la décision attaquée. En ce qui concerne la thèse des « vases communicants », la Cour renvoie au paragraphe 87 ci-dessus.

Quant aux offres combinées, la Cour renvoie au paragraphe 83 ci-dessus. La Cour note aussi l'affirmation de Belgacom selon laquelle le prix des offres combinées est effectivement soumis aux vérifications mensuelles effectuées par l'IBPT ; même s'il est vraisemblable que le caractère combiné des offres rende ces vérifications plus difficiles et dans une certaine mesure moins effectives, il ne s'en déduit pas que la décision attaquée serait injustifiée.

En ce qui concerne la distorsion de concurrence entre opérateurs fixes et mobiles, la Cour note que l'IBPT a, contrairement à l'assertion de Mobistar, décrit la nature de cette distorsion sur le marché de détail et renvoie à cet égard au paragraphe 93 ci-dessus. L'argumentation de Mobistar quant au « marché de détail des offres convergentes » n'est pas totalement claire ; Mobistar ne démontre en tout cas pas que les offres convergentes constitueraient un marché de détail distinct qui aurait dû être analysé en tant que tel.

**(9) L'obligation de séparation comptable et de non-discrimination à charge de Belgacom.**

110. Mobistar invoque que l'IBPT n'a pas dûment motivé la suppression, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013, des obligations de non-discrimination interne tarifaire et de séparation comptable imposées à Belgacom, et que l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation en affirmant que les risques de discrimination disparaîtront au 1<sup>er</sup> janvier 2013.

111. La décision attaquée impose à Belgacom, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, une obligation de non-discrimination interne en ce qui concerne les aspects tarifaires, ce qui veut dire que Belgacom doit « s'appliqu[er] des prix de transfert interne (entre ses entités *retail* et *wholesale*) qui ne sont pas discriminatoires vis-à-vis des charges de terminaison MTR qui sont réclamées aux parties tierces pour obtenir le service d'interconnexion sur le réseau mobile de Belgacom Mobile / Proximus » (n° 272).

Cette obligation est motivée par l'existence dans le chef de Belgacom, compte tenu en particulier du nombre de marchés sur lesquels celle-ci dispose d'une puissance significative, de « risques potentiels encore significatifs de subventions croisées anticoncurrentielles tant que les tarifs MTR de Belgacom Mobile / Proximus n'ont pas atteint ce niveau de coûts LRIC pur » (n° 274). L'IBPT ajoute que « [l]e niveau des tarifs de terminaison des opérateurs n'atteindra de manière stricte (c'est-à-dire sur la base d'une méthodologie de calcul des coûts de type LRIC pur) le niveau de coûts d'un opérateur efficace en Belgique (tel que prévu par le mécanisme de contrôle des prix de terminaison mis en oeuvre dans la présente décision) qu'à la fin de la période de régulation. Par conséquent, bien que les risques de pratiques de subventions croisées diminueront au cours du temps au fur et à mesure que les MTR baissent, les niveaux

actuels des MTR n'excluent pas la pratique de subventions croisées anticoncurrentielles ou d'une discrimination tarifaire » (n° 277.1). Ces considérations motivent de manière pertinente le caractère temporaire de la nécessité de l'obligation imposée à Belgacom : une fois que les tarifs de terminaison seront réduits au niveau des coûts LRIC purs, ils seront trop faibles pour encore rendre possible une quelconque subvention croisée ; ils ne couvriront plus que le coût strictement marginal du service de terminaison et n'incluront plus aucune marge qui puisse encore être utilisée par Belgacom pour subventionner d'autres services.

Quant à la séparation comptable, elle n'est qu'un accessoire de l'obligation de non discrimination interne, visant à en surveiller le respect, et il est donc justifié qu'elle prenne fin en même temps que celle-ci.

#### **(G) Les interventions.**

112. Les moyens soulevés par Mobistar, KPN et Belgacom dans leurs interventions respectives sont recevables dans la mesure où ils soutiennent ceux qui ont été soulevés dans les recours principaux. Les réponses données ci-dessus à propos des recours principaux leur sont également applicables.

#### **(H) Maintien provisoire des effets de la décision en cas d'annulation.**

113. Les motifs indiqués ci-dessus mènent la Cour à conclure que l'annulation de la décision attaquée se justifie en raison de la violation d'une règle formelle, relative à la consultation préalable des régulateurs de l'audiovisuel (paragraphe 31 à 39), et à rejeter tous les moyens de fond invoqués par Mobistar et KPN à l'encontre de la décision attaquée.

Dans un tel contexte, la Cour doit s'interroger sur la possibilité, et le cas échéant l'opportunité, de maintenir temporairement les effets de la décision attaquée. Plusieurs impératifs semblent rendre un tel maintien souhaitable :

- La décision attaquée poursuit d'importants objectifs d'intérêt général relatifs à la baisse des prix des communications mobiles, au développement d'offres commerciales attrayantes pour le consommateur, et à l'élimination de certaines distorsions de concurrence.
- La tarification des services de terminaison imposée par la décision attaquée a inévitablement des répercussions sur les tarifs de détail appliqués par les opérateurs. Dans le cas des tarifs de téléphonie fixe de Belgacom, une répercussion directe et intégrale est obligatoire (voir paragraphe 82 ci-dessus) ; dans les autres cas, la logique économique et les faits constatés empiriquement par la Commission européenne (voir paragraphe 87 ci-dessus) démontrent également un lien entre les tarifs de terminaison et les tarifs de détail. Or en pratique les tarifs de détail ne peuvent pas être corrigés rétroactivement ; il serait impossible ou excessivement complexe pour les opérateurs de facturer à leurs clients des suppléments de prix pour des périodes passées ou de leur restituer des excédents. Une annulation non accompagnée d'une mesure de maintien provisoire des effets de la décision attaquée entraînerait donc un certain déséquilibre du modèle d'affaires des opérateurs, préjudiciable à ceux-ci ; une telle annulation est également susceptible de pousser les opérateurs à revenir sur les baisses de tarifs de détail entraînées par la décision attaquée, ce qui serait préjudiciable aux consommateurs.
- La décision attaquée, à supposer qu'elle ait eu les effets qu'elle visait, aura également poussé les opérateurs à mettre sur le marché certaines offres commerciales (en particulier des offres à forfait d'appel, n° 368 de la décision attaquée) qui ne sont pas réversibles pour le passé. Comme pour les baisses de prix de détail mentionnées au paragraphe précédent, une annulation pure et simple peut donc entraîner un certain déséquilibre commercial chez les opérateurs et une suppression d'offres attrayantes pour les consommateurs.

La Cour note d'autre part que les régulateurs de l'audiovisuel ne paraissent pas s'être particulièrement souciés de la décision attaquée, et n'a connaissance d'aucune expression d'opposition de leur part. Ces régulateurs auraient en toute hypothèse été tenus également, comme l'IBPT, de tenir le plus grand compte de la recommandation de la

Commission européenne. Le motif d'annulation qui s'impose en l'espèce est de nature formelle et n'est pas d'importance primordiale par rapport à l'enjeu d'intérêt général présenté par la décision attaquée, nonobstant son caractère d'ordre public.

114. 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 ne contient aucune disposition relative à la possibilité qu'aurait ou non la Cour de maintenir temporairement les effets d'une décision qu'elle annule.

Un tel pouvoir a été expressément accordé aux autres juridictions qui disposent d'une compétence d'annulation : Conseil d'État (lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, article 14<sup>ter</sup>), Cour constitutionnelle (loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour Constitutionnelle, article 8, alinéa 2), Cour de justice de l'Union européenne (TFUE, article 264, alinéa 2). La jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle a étendu la portée de ce pouvoir au-delà de ce que suggérerait une interprétation littérale des dispositions légales applicables (C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011, en ce qui concerne les recours préjudiciels ; C.E., 9 juin 2009, *Gina Maselyne*, n° 194.015, en ce qui concerne les actes sans portée réglementaire) ; la Cour de cassation a jugé qu'il appartient au pouvoir judiciaire de fixer les effets dans le temps d'une violation de la Constitution constatée par la Cour constitutionnelle, en tenant compte de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la sécurité juridique (cass., 29 septembre 2011, C.09.0570.N, et concl. av. gén. Vandewal ; 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1406 ; 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2421). La Cour constitutionnelle a déclaré à propos de l'interaction entre l'article 14<sup>ter</sup> des lois sur le Conseil d'État et l'article 159 de la Constitution que « le contrôle prévu à l'article 159 de la Constitution doit être interprété en combinaison avec le principe de la sécurité juridique » et que, « [t]enu de garantir notamment le principe de sécurité juridique, le législateur se doit de régler le mode de contrôle de l'action administrative » (C.C., 9 février 2012, n° 18/2012, B.8.1 et B.8.2).

Une loi du 18 mai 2009 a introduit dans la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs postes et télécommunications un nouvel article 14, § 2, 6°, qui permet à l'IBPT de « procéder, en respectant les motifs de l'annulation et sans modifier l'étendue de son champ d'application, à la réfection d'une décision annulée par une autorité juridictionnelle lorsque, du fait de cette annulation, un ou plusieurs des objectifs visés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont plus réalisés ». Ce pouvoir de réfection rétroactive a été introduit précisément parce que « [j]usqu'à présent, la cour [d'appel de Bruxelles] a invoqué le principe de séparation des pouvoirs pour se borner à annuler certaines décisions de l'Institut, sans modaliser dans le temps les effets de cette annulation » (Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2008-2009, n° 52-1813/01, p. 5), les mots « jusqu'à présent » paraissant indiquer qu'aux yeux du Parlement une évolution de cette jurisprudence est possible.

Tout ceci suggère que, même en l'absence d'une disposition expresse en ce sens, la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours pourrait éventuellement être interprétée comme attribuant implicitement à la Cour le pouvoir, et le devoir, d'ordonner le maintien temporaire des effets d'une décision de l'IBPT qu'elle a annulée lorsque la sécurité juridique l'exige.

115. La Cour note également que le pouvoir de réfection rétroactive dont dispose l'IBPT ne répond pas entièrement aux impératifs décrits au paragraphe 113 ci-dessus.

Même si l'IBPT donne à sa nouvelle décision un effet rétroactif de sorte que celle-ci remplace la décision attaquée depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2010, les opérateurs ignoreront pendant toute la période entre le prononcé d'un arrêt d'annulation et l'adoption de la nouvelle décision de l'IBPT à quel régime ils seront soumis, ce qui pourrait freiner ou empêcher pendant cette période la mise en oeuvre des baisses de prix de détail ou le lancement d'offres commerciales dérivant de la nouvelle tarification des services de terminaison.

Il n'est en outre pas exclu qu'un régulateur de l'audiovisuel demande que la nouvelle décision soit prise par la CRC plutôt que par l'IBPT. L'Accord de coopération relatif à la CRC ne contient pas de disposition analogue à

l'article 14, § 2, 6°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs postes et télécommunications, de sorte que la CRC ne pourrait donner un effet rétroactif à sa décision que si les principes généraux du droit administratif le permettent (sur la différence entre ces principes généraux et les conditions prévues à l'article 14, § 2, 6°, de la loi du 17 janvier 2003, voir l'avis du Conseil d'État sur le projet de cet article, *Doc. Parl., Ch.*, 2008-2009, n° 52-1813/01, pp. 39 à 42).

116. Il résulte de ces considérations que, si 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 devait être interprétée comme ne donnant pas à la Cour la possibilité de maintenir temporairement certains effets des décisions de l'IBPT qu'elle a annulées alors que la sécurité juridique exigerait un tel maintien, une discrimination inconstitutionnelle pourrait exister entre, d'une part, les justiciables impliqués dans une procédure en annulation introduite devant la Cour d'appel de Bruxelles et, d'autre part, les justiciables impliqués dans une procédure en annulation introduite devant le Conseil d'État. Il y a donc lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle indiquée au dispositif du présent arrêt.

117. Les parties n'ont pas eu l'occasion de s'expliquer sur les questions traitées aux paragraphes 113 à 116, mais leurs droits de défense seront néanmoins assurés par la possibilité qu'elles auront de s'exprimer devant la Cour constitutionnelle sur l'étendue des pouvoirs de la Cour, puis le cas échéant devant la Cour elle-même sur l'opportunité de faire usage de ces pouvoirs après que la Cour constitutionnelle aura rendu son arrêt.

**(I) Les dépens.**

118. Le présent arrêt revêtant un caractère interlocutoire, la décision sur les dépens est réservée.

**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,

Vu l'arrêt du 14 septembre 2010 ordonnant la jonction des causes,

Vu l'arrêt du 15 février 2011 déclarant recevables les recours formés par KPN Group Belgium et Mobistar, ainsi que les interventions de Belgacom, KPN Group Belgium et Mobistar,

Déclare fondé le moyen de Mobistar tiré de la violation de l'article 14, §2, 5° de la loi relative au statut de l'IBPT et de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006, et rejette les autres moyens,

Avant de faire droit plus avant,

Saisit la Cour Constitutionnelle et lui soumet la question préjudicielle suivante :

« Les articles 2 et 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, en tant qu'ils n'autorisent pas la Cour d'appel de Bruxelles à maintenir temporairement certains effets des décisions de l'IBPT qu'elle annule alors que la sécurité juridique exigerait un tel maintien, et alors que si le recours à l'encontre de la même décision administrative était porté devant le Conseil d'Etat cette juridiction pourrait indiquer ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'il détermine, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution ? »

Surseoit à statuer pour le surplus jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle  
se soit prononcée sur la question préjudicielle,

Réserve les dépens.

\*\*\*\*\*

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la 18<sup>ème</sup> chambre  
de la Cour d'appel de Bruxelles le 16 mai 2012,

Où étaient présents :

- Mr. P. BLONDEEL,
- Mr. E. BODSON,
- Mr. Y. HERINCKX,
- Mme D. VAN IMPE,

président de chambre,  
conseiller,  
conseiller suppléant,  
greffier.

VAN IMPE

HERINCKX

BODSON

BLONDEEL