

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES, art. 280, 2° Cod. d'Enr.
18 CHAMBRE,

N°: 721

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N° 2007/AR/3394

Arrêt du 04 avril 2008 sur la demande de suspension de la décision de l'IBPT du 18 décembre 2007 concernant la régulation des charges de terminaison des opérateurs mobiles à partir de 2008 (marché 16)

N°Rép.:
2008/2577

EN CAUSE DE :

S.A. BASE, 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,
demanderesse,

✓ représentée par Maître VERHEYDEN Alexandre, avocat à 1200 BRUXELLES, Boulevard Brand Whitlock 165,

CONTRE :

✓ L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, organisme d'intérêt public créé par l'article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et dont l'Institut continue la personne juridique conformément à l'article 13 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, dont le siège est situé à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,
partie adverse,

✓ représenté par Maître DEPRÉ Sébastien, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240,

art. 81 et CE

ARRET
INTERLOCUTOIRE
SINE DIE

04-04-2008

EN PRESENCE DE :

1. **MOBISTAR SA**, dont le siège social est établi à 1130 BRUXELLES, Boulevard Reyers 70, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810

partie en intervention volontaire,

✓ représentée par Maître VALLERY Anne, avocat à 1050 BRUXELLES, Place du Champ de Mars 5

2. **BELGACOM MOBILE S.A.**, dont le siège social est établi à 1210 BRUXELLES, Rue du Progres 55, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0453.918.428,

partie en intervention volontaire,

✓ représentée par Maître VAN LIEDEKERKE Dirk, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26,

Par requête déposée au greffe de la cour le 27 décembre 2007, BASE poursuit l'annulation de la décision de l'IBPT ayant pour objet le "complément du 18 décembre 2007 de la décision du conseil de l'IBPT du 11 août 2006 concernant la régulation des charges de terminaison des opérateurs mobiles à partir de 2008 ». Elle demande en outre à la cour d'ordonner la suspension des effets de la décision avant la décision sur le recours en annulation.

Par requêtes déposées au greffe de la cour le 21 janvier 2008, Belgacom Mobile et Mobistar interviennent dans la procédure.

Les parties ont présenté leurs observations devant la Cour.

I. Rétroactes

1. Conformément aux dispositions de 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 (directive « cadre »), des obligations réglementaires *ex ante* peuvent être imposées en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème.

Dans sa recommandation 2003/311/CE du 11 février 2003 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 - entre temps remplacée par la recommandation 2007/879/CE du 17 décembre 2007 - la Commission a identifié 18 marchés qui doivent être examinés par les autorités réglementaires nationales (ARN).

S'agissant de la téléphonie mobile, la recommandation identifie comme marchés pertinents à examiner les marchés de gros suivants:

- Accès et départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (« marché 15 »);
- Terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (« marché 16 »).

2. L'article 55 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques confie à l'IBPT la mission de conduire les analyses de marché et se prononcer sur l'imposition d'obligations *ex ante*, en coopération avec le Conseil de la concurrence.

3. L'IBPT a adopté deux décisions relatives au « marché 16 », à savoir la décision du 11 août 2006 « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le marché 16 : terminaison d'appels sur chaque réseau mobile », et celle du 18 décembre 2007 qui modifie la première.

4. La décision du 11 août 2006 désigne les trois opérateurs mobiles actifs en Belgique, Belgacom Mobile (Proximus), Mobistar et Base, comme disposant d'une puissance significative sur le marché pertinent au sens de l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2002/21.

Cette décision impose des obligations spécifiques à chaque opérateur. Au nombre des obligations imposées aux trois opérateurs figure une obligation d'appliquer des tarifs de terminaison orientés en fonction des coûts.

Pour assurer le respect de l'obligation d'orientation des charges de terminaison en fonction des coûts, l'IBPT a développé un modèle générique de coûts de type *top down* (modèle descendant, fondé sur les coûts réels), combiné avec la méthode de calcul des coûts sur la base des coûts incrémentaux à long terme (LRIC). Ce modèle repose sur des prévisions, notamment une hypothèse de convergence des parts de marché en 2017 choisie par l'Institut pour inciter les opérateurs les plus faibles à faire preuve de plus d'efficacité.

Sur la base de ce modèle, l'IBPT a fixé des plafonds tarifaires allant décroissants au cours de la période d'analyse 2006-2008, par un mécanisme dit « glide path ».

La décision fixe les plafonds des tarifs de terminaison pour les trois opérateurs pour la période du 1^{er} novembre 2006 au 31 décembre 2007. Elle mentionne, à titre indicatif, les plafonds applicables en 2008. Dans sa décision du 11 août 2006, l'IBPT annonce en effet son intention d'adopter une nouvelle décision, modifiant la première, suite aux observations faites par la Commission européenne dans le cadre de la procédure de coopération prévue à l'article 7 de la directive 2002/21.

5. Par sa décision du 18 décembre 2007, l'IBPT fixe les plafonds tarifaires à respecter à compter du 1^{er} février 2008.

Cette décision mentionne, à titre indicatif, les plafonds applicables à partir du 1^{er} juillet 2008 et en 2009. L'IBPT précise dans sa nouvelle décision que pour la période courant à compter du 1^{er} juillet 2008, les tarifs ne seront définitivement fixés qu'après finalisation de la position harmonisée du Groupe des régulateurs européens (GRE ou ERG) en matière de régulation symétrique ou asymétrique des charges de terminaison en Europe.

6. Les trois opérateurs de réseaux mobiles ont chacun introduit un recours en annulation de la décision du 11 août 2006 et sont intervenus volontairement dans les procédures initiées par les deux autres (R.G. 2006/AR/2332, 2628 & 2629).

Ils ont également invité la cour à suspendre tout ou partie de la décision du 11 août 2006.

L'arrêt du 27 octobre 2006 a joint les causes et dit les demandes en intervention recevables. Les demandes en suspension ont toutes été rejetées.

En conséquence, les opérateurs ont réduit leurs tarifs de terminaison conformément à la décision du 11 août 2006.

7. Les trois opérateurs concernés ont également introduit un recours en annulation de la décision du 18 décembre 2007 (R.G. 2007/AR/ 3394, 2008/AR/425 & 427).

Base sollicite, à titre de mesure avant dire droit, la suspension des effets de la décision en ce qui concerne la réglementation tarifaire imposée à Base à compter du 1^{er} février 2008.

Belgacom Mobile et Mobistar interviennent dans la procédure en suspension et contestent le bien fondé de cette demande.

A titre subsidiaire, Mobistar demande à la cour – dans l'hypothèse où il est fait droit à la demande en suspension-, de suspendre la décision litigieuse à l'égard des trois opérateurs mobiles.

II. Sur la recevabilité

8. Base est directement concernée par la décision litigieuse, dont elle est destinataire. Son recours a été formé dans le délai prévu à l'article 2 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.

C'est à tort que l'IBPT soutient que Base ne peut être considérée comme une partie affectée, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive cadre, qu'en ce qui concerne les obligations que la décision litigieuse lui impose.

Base doit aussi être considérée comme une partie affectée par la décision litigieuse en ce que celle-ci modifie les obligations antérieurement imposées à Belgacom Mobile et Mobistar.

En effet, les obligations spécifiques qui sont imposées aux entreprises puissantes sur le marché, telles des obligations relatives aux prix de leurs services sur le marché de gros, constituent précisément des mesures protectrices prévues dans l'intérêt des concurrents et sont donc susceptibles de conférer à ceux-ci des droits.

En tant que bénéficiaire direct des règles communautaires destinées à promouvoir la concurrence dans le domaine des télécommunications et des dispositions de droit national qui les transposent, Base a donc qualité pour former un recours contre la décision qui modifie sa situation juridique et en demander la suspension (CJCE, arrêt du 21 février 2008, C-426/05, Tele 2 Communication GMBh).

9. Belgacom Mobile expose qu'elle s'interroge sur la recevabilité du recours introduit par Base dans la mesure où le délai ordinaire de comparution en appel qui est de quinze jours n'a pas été respecté (article 1062 du Code judiciaire).

Belgacom Mobile, qui est partie intervenante dans la procédure de recours initiée par Base contre l'IBPT, est cependant tenue d'accepter la procédure dans l'état où elle se trouve.

10. Belgacom Mobile et Base qui sont également les destinataires de la décision litigieuse, ont un intérêt à intervenir dans la présente cause.

La décision litigieuse qui fixe définitivement, pour la période février-juin 2008, les conditions tarifaires dans lesquelles chaque opérateur doit fournir aux autres opérateurs (fixe ou mobile) les prestations de terminaison des appels aboutissant sur son réseau, et modifie pour cette même période les tarifs prévus dans la décision du 11 août 2006, a une incidence directe et immédiate sur les rapports contractuels entre les opérateurs interconnectés.

Elle a aussi une incidence sur les conditions de concurrence sur le(s) marché(s) qu'elle vise à réguler puisqu'elle a pour objet d'imposer aux trois opérateurs concernés des obligations *ex ante* dans le but de porter remède aux problèmes de concurrence que l'IBPT a identifiés dans sa décision du 11 août 2006.

Dès lors, les intérêts de Belgacom Mobile et ceux de Base sont également susceptibles d'être affectés directement pas la décision de la cour sur la demande en suspension.

III. Sur les conditions d'octroi du sursis à exécution

11. Aux termes de l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003, les décisions de l'IBPT peuvent, dans les soixante jours qui suivent la date de leur notification, faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé. Le recours n'est pas suspensif, hormis lorsqu'il est introduit contre une décision prise en vertu de l'article 21, §§ 2 et 3 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges (ou une décision prise en vertu de l'article 144duodecies, § 2, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques) ou lorsque la cour prononce la suspension de la décision attaquée.

12. La loi ne précise pas les conditions qui doivent être réunies pour qu'une partie puisse obtenir la suspension de la décision avant la décision de la cour sur le fond.

Eu égard à la nature de la mesure, il s'impose de considérer que le sursis à exécution d'une décision de l'IBPT est subordonné à l'existence de conditions établissant l'urgence et de moyens justifiant à première vue l'octroi d'une telle mesure.

IV. Sur le caractère sérieux de la contestation élevée par Base contre la légalité de la décision

13. Par la décision litigieuse, l'IBPT a imposé aux trois opérateurs mobiles présents sur le marché belge l'obligation de respecter les plafonds tarifaires suivants en ce qui concerne la fourniture de la prestation de terminaison d'un appel vocal aboutissant sur leur réseau :

Tableau 1

Niveau des charges de terminaison en €cents par minute hors TVA et hors inflation

	1.02.08	1.07.08	1.01.09	1.07.09
Belgacom Mobile	8,02	7,96	7,85	7,73
Mobistar	8,84	7,96	7,85	7,73
Base	10,38	8,75	8,62	8,49

La décision ne reprend les tarifs indiqués à partir du 1^{er} juillet 2008 qu'à titre indicatif. Comme indiqué plus haut, l'IBPT a précisé que ces tarifs ne seraient définitivement fixés qu'après finalisation de la position harmonisée du Groupe des Régulateurs Européens.

14. La décision litigieuse du 18 décembre 2007 a pour objet de modifier et compléter la décision de l'IBPT du 11 août 2006 en ce qui concerne les plafonds tarifaires à respecter à compter du 1^{er} février 2008.

La décision précitée du 11 août 2006 qui prend comme point de départ les prix appliqués par les opérateurs en 2005, déterminait l'évolution des tarifs en fixant les plafonds tarifaires comme suit :

Tableau 2

Tarifs moyens maximum pour chaque opérateur, en €ct par minute, hors TVA et inflation :

	Prix 2005	1.11.06	1.05.07	1.01.08	1.07.08
Belgacom Mobile	12,66	10,13	8,09	7,48	6,56
Mobistar	15,98	12,75	10,16	9,38	8,21
Base	19,60	15,81	12,76	11,82	10,41

Les tarifs correspondant aux échéances 1.01.08 et 1.07.08 étaient repris à titre indicatif.

15. L'objectif poursuivi par l'IBPT lors de l'adoption de la décision litigieuse est de se conformer aux observations faites par la Commission européenne dans sa lettre du 4 août 2006, au titre de l'article 7, paragraphe 3, de la directive cadre, sur le projet de décision qui lui avait été notifié par l'Institut le 7 juillet 2006 et en particulier à l'invitation que lui a avait adressée la Commission européenne « à définir le niveau des tarifs de terminaison de chaque opérateur :

- afin d'atteindre la symétrie entre Belgacom Mobile et Mobistar au cours de la période de la présente analyse (i.e. d'ici 2008). Cela se justifie en considérant que ces opérateurs sont présents sur le marché belge depuis plus de dix ans, qu'ils utilisent la même technologie et que leurs structures de coûts pertinents convergent, tel qu'établi par l'IBPT (...);
- afin d'atteindre la symétrie entre tous les opérateurs peu après la période d'analyse, sauf si l'IBPT estimait que des différences objectives de coût, échappant à la maîtrise des opérateurs ainsi qu'évoqué aux paragraphes précédents, justifieraient le maintien d'un petit degré d'asymétrie. Cela impliquerait en tout état de cause que les tarifs de terminaison de Base devraient être réduits plus significativement d'ores et déjà au cours de la période de l'analyse. » (Cas BE/2006/0433).

La Commission avait constaté qu'il résultait du modèle générique de coûts développé par l'IBPT pour fixer des tarifs de terminaison orientés en fonction des coûts, des tarifs de terminaison mobile asymétriques dans les proportions relatives et absolues suivantes :

	2005	1.11.06	1.05.07	1.01.08	1.07.08
Asymétrie en valeur relative					
Mobistar/Proximus	26,2%	25,9%	25,6%	25,4%	25,2%
Base/Proximus	54,8%	56,1%	57,7%	58,0%	58,7%
Base/Mobistar	22,7%	24,0%	25,6%	26,0%	26,8%
Asymétrie en valeur absolue et en €ct					
Mobistar/Proximus	3,32	2,62	2,07	1,90	1,65
Base/Proximus	6,94	5,68	4,67	4,34	3,85
Base/Mobistar	3,62	3,06	2,60	2,44	2,20

Elle observait que « Le tarif de terminaison mobile respectif de Base, Mobistar et Belgacom Mobile décroît, en valeur absolue, de 9,19, 7,77 et 6,10 cents d'euro. Dans la mesure où le tarif de Base décroît davantage, l'asymétrie avec Belgacom Mobile sera réduite en valeur absolue de 6,94 à 3,85 cents au cours de la période considérée. En valeur relative, cependant, l'asymétrie augmente légèrement.

L'asymétrie résulte plus particulièrement du déséquilibre du trafic entrant entre les trois opérateurs, tandis que les coûts pertinents à recouvrir

tendent à converger », et que le modèle de coûts choisi par l'IBPT « aboutit à une forte asymétrie entre les tarifs de terminaison des trois ORM (opérateurs de réseaux mobiles), qui se pérenniserait tout au long et au-delà de la période d'analyse ».

Dans sa lettre du 4 août 2006, la Commission motive comme suit l'invitation faite à l'IBPT de définir le niveau des tarifs de terminaison de chaque opérateur comme indiqué plus haut:

« La Commission estime que les tarifs de terminaison devraient en principe être symétriques et que l'asymétrie, acceptable dans nombre de cas, doit être convenablement motivée. La Commission reconnaît que dans certains cas exceptionnels, une asymétrie pourrait se justifier par des différences objectives de coûts dont l'opérateur concerné n'a pas la maîtrise. Les différences de coûts entre l'exploitation d'un réseau GSM900 et d'un réseau DCS1800 pourraient constituer des motifs valables ou aussi des différences significatives de date d'entrée sur le marché.

La Commission s'attend à ce que les différences liées à la technologie soient petites et invite l'IBPT à les quantifier plus précisément si elles devaient être pertinentes dans le cas présent. En outre, le fait qu'un opérateur mobile soit entré sur le marché plus tard et a donc une part de marché plus petite ne peut justifier un tarif de terminaison plus élevé que pour une période transitoire limitée. Le maintien d'un tarif de terminaison plus élevé ne serait pas justifié après une période suffisamment longue pour que l'opérateur s'adapte aux conditions de marché et devienne efficace ; elle pourrait même décourager les petits opérateurs de chercher à accroître leur part de marché.

Pour ces motifs, la Commission partage l'objectif de l'IBPT d'éliminer l'asymétrie des tarifs de terminaison dans un délai raisonnable, sur base des coûts d'un opérateur efficace. L'IBPT dispose d'une marge d'interprétation pour appliquer les principes établis à l'article 8(4) de la directive « accès » et donc pour établir ce délai : cependant la Commission a signalé dans plusieurs cas qu'il est nécessaire de veiller à ce que les asymétries ne demeurent pas trop longtemps et que les tarifs de terminaison mobile de chaque (opérateur) devraient être réduits au niveau des coûts d'un opérateur efficace dès que possible.

La Commission estime que l'évolution pluriannuelle proposée dans les mesures notifiées ne répond pas à ces objectifs. La Commission invite l'IBPT à mettre en œuvre plus vite qu'envisagé actuellement le principe d'efficacité économique prospective et de réduire d'avantage les tarifs de terminaison mobile que doivent pratiquer Mobistar et Base au cours de la période d'analyse. »

16. A titre liminaire, il y a lieu de constater que contrairement à ce que l'IBPT soutient, la contestation n'est pas limitée à une discussion sur le niveau des tarifs imposés à Base par la décision litigieuse, pris isolément, par rapport aux coûts de la fourniture d'une prestation de terminaison efficace, mais porte avant tout sur le nouveau mécanisme de fixation des prix en ce qu'il induirait un traitement différencié des opérateurs soumis à une obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts, favorable à Belgacom Mobile.

17. Sans préjuger de la décision à rendre sur les recours au principal contre les décisions du 11 août 2006 et 18 décembre 2007, il apparaît que la contestation élevée par Base contre la légalité de cette dernière décision, repose sur des éléments sérieux de nature à faire apparaître à tout le moins douteuse la légalité de cette décision.

18. Premièrement, l'IBPT semble avoir adopté la décision du 18 décembre 2007 sur le fondement d'une interprétation erronée du devoir qui pèse sur l'autorité réglementaire nationale de tenir le plus grand compte des observations formulées par la Commission lorsqu'elle envisage d'imposer aux entreprises identifiées comme puissantes sur le marché pertinent, des obligations réglementaires spécifiques (article 7, paragraphe 5, de la directive « cadre »).

Les éléments du dossier semblent indiquer clairement que l'IBPT s'est considéré lié par l'approche recommandée par la Commission européenne dans sa lettre du 4 août 2006.

En premier lieu, l'IBPT a annoncé dans sa décision du 11 août 2006 qu'il prendrait une décision complémentaire, au plus tard dans le courant de l'année 2007, visant à modifier les adaptations tarifaires prévues en 2008, *'en vue de tenir le plus grand compte des commentaires de la Commission européenne*. Il s'est limité à exposer – dans cette décision- que la décision complémentaire *' aura pour but d'atteindre les objectifs imposés par la Commission européenne, à savoir la symétrie entre les charges MTR de Proximus et de Mobistar en 2008 d'une part et une baisse plus forte du niveau des charges MTR de Base au cours de l'actuelle période d'analyse des marchés d'autre part, et ce dans le but d'atteindre une symétrie complète, ou éventuellement un petit degré d'asymétrie, entre Proximus et Mobistar d'une part et Base d'autre part, rapidement après la fin de l'actuelle période d'analyse'* (Décision du 11 août 2006, page 35 – souligné par la cour ; voir aussi pages 94 et 95)

En second lieu, la décision litigieuse reproduit la même motivation pour justifier une nouvelle intervention de l'IBPT (page 3- Introduction). Elle indique également que si le choix de la méthode d'analyse des coûts relève de l'appréciation autonome de chaque ARN en fonction des spécificités de chaque pays, l'IBPT doit néanmoins tenir le plus grand compte des commentaires de la Commission européenne. C'est apparemment sur le seul fondement de cette obligation que l'IBPT expose qu'il a adopté une nouvelle méthode pour déterminer le niveau d'un opérateur efficace, de manière à atteindre la symétrie entre Belgacom Mobile et Mobistar en 2008, et à réduire le différentiel tarifaire entre ces deux opérateurs et Base, notamment en supprimant les effets d'économie d'échelle dus à des parts de marché différentes des trois opérateurs.

En troisième lieu, répondant au Conseil de la concurrence qui lui demandait de justifier le choix de la nouvelle méthode d'évaluation des coûts d'une prestation efficace autrement que par le résultat qu'elle entraîne, à savoir des tarifs (quasi) symétriques (Avis du conseil de la concurrence du 22 juin 2007, page 8), l'Institut a indiqué que « *le choix de la méthode, basée sur l'hypothèse théorique de parts de marché égales pour les trois opérateurs, est justifié par la volonté d'appliquer un régime de (quasi-) symétrie comme souhaité par le Conseil de la concurrence et la Commission européenne. Pour le dire encore autrement, ce sont les objectifs à atteindre, indiqués notamment par la Commission européenne, qui justifient une méthode consistant à émettre l'hypothèse de parts de marché symétriques* ».

En quatrième lieu, il ressort de la correspondance entre l'IBPT et la Commission européenne, que l'IBPT a marqué son désaccord sur la position adoptée par la Commission à l'IBPT dans sa lettre du 4 août 2006.

Dans un courrier du 17 juillet 2007 adressé à la Commission – soit le lendemain de la notification de la mesure qu'il envisageait d'adopter pour se conformer aux recommandations de la Commission –, l'Institut mettait en doute la cohérence de l'approche suivie par la Commission en déplorant l'existence de positions divergentes. Il demandait à la Commission d'exprimer de manière claire et définitive sa position sur la question de la symétrie ou de l'asymétrie des charges de terminaison des appels vers les réseaux mobiles.

Après réception des observations de la Commission du 14 août 2007 sur le projet de décision, desquelles il ressort que la Commission saluait la mesure envisagée en ce qu'elle réduit l'asymétrie des tarifs de terminaison en Belgique, l'IBPT décidait de suspendre la procédure d'adoption de la décision complémentaire dans l'attente d'une prise de position du Groupe des régulateurs européens (GRE) sur la question (Communication du 11 septembre 2007). La publication de cette

Communication a entraîné une demande d'explications de la Commission européenne qui rappelait à l'IBPT le prescrit de l'article 7 alinéa 5 de la Directive « cadre » (lettre du 26 octobre 2007). Elle a par ailleurs suscité une réaction du Ministre chargé de l'Economie qui a fait savoir à l'IBPT qu'en n'adoptant pas la mesure annoncée dans sa décision du 11 août 2006 et notifiée à la Commission, celui-ci minait la confiance du secteur dans le régulateur belge et le cadre réglementaire belge (lettre du 1^{er} octobre 2007).

Le 14 novembre 2007, l'IBPT a adressé une lettre à la Commission dans laquelle il a exposé comme suit les conséquences de la mesure notifiée, fondée sur le principe de la symétrie tarifaire :

« 4. Impact économique du principe de symétrie tarifaire

(...) nos simulations mettent en évidence que ce mécanisme de régulation symétrique est de nature à renforcer considérablement la puissance financière du groupe de l'opérateur historique Belgacom (division fixe+Belgacom Mobile) et affecter très négativement la situation financière des deux autres opérateurs mobiles (Mobistar et encore plus Base).

(...) il semble clair que l'éviction éventuelle du marché d'un de ses principaux acteurs (Base ?) qui pourrait résulter de ces mécanismes de régulation constituerait probablement le pire des scénarios en terme de maintien d'une concurrence effective sur le marché des télécommunications en Belgique (...)

5. Manque d'effets des remèdes wholesale (de gros) sur le marché retail (de détail)

Nous devons par ailleurs craindre que l'autre objectif majeur du cadre réglementaire, à savoir l'intérêt des consommateurs, n'est pas encore atteint avec les mécanismes de régulation en question. En effet, malgré les baisses déjà significatives des charges MTR qui ont été imposées (aux dates du 1^{er} novembre 2006 et du 1^{er} mai 2007) aux trois opérateurs mobiles belges en application de la décision du Conseil de l'IBPT du 11 août 2006 relative au marché 16, nous n'avons constaté jusqu'à présent que très peu d'impact sur les niveaux des tarifs retail pour les appels à destination des réseaux mobiles. En particulier en ce qui concerne le trafic fixe vers mobile en provenance du réseau de Belgacom (il s'agit d'un des principaux flux de trafic de terminaison sur les réseaux mobiles (...), Belgacom rechigne à répercuter dans ses tarifs de détail les baisses des charges MTR imposées par l'IBPT au niveau Wholesale. (...)

Ceci met en évidence, pour l'un des problèmes majeurs du marché des télécommunications (le prix des appels fixes vers mobiles) le manque d'efficacité des mesures imposées au seul niveau wholesale.

L'Institut poursuit en évoquant la problématique de la différenciation tarifaire entre appels « *on net* » (appels passés au sein d'un même réseau) et les appels « *off net* » (appels aboutissant sur un autre réseau) au niveau « *retail* » et le risque de pratique de ciseau tarifaire (*price squeeze*) : « *en pratiquant des prix extrêmement bas pour les appels on net (effet de price squeeze), les opérateurs mobiles disposant des plus grandes parts de marché (c'est en particulier le cas de Belgacom Mobile-Proximus en Belgique) induisent des fortes distorsions dans la dynamique concurrentielle du marché en mettant à profit l'effet tribu (ou effet club) par lequel les nouveaux clients seront incités à venir plutôt chez l'opérateur en question (...).* »

Il conclut qu' « *il y a un risque que, dans le secteur des communications mobiles, les mécanismes de régulation mis en œuvre ne suffisent pas à atteindre les deux objectifs majeurs du cadre supplémentaire à savoir :* »

- *la promotion de la concurrence : la concurrence sur le marché mobile est sérieusement menacée par une réglementation qui renforce nettement la position financière de l'opérateur historique (le groupe Belgacom) tout en influençant très négativement celle de ses deux concurrents mobiles, en particulier par une fragilisation inquiétante du troisième opérateur mobile (Base)*

- *l'intérêt des consommateurs : le cadre réglementaire ne permettant pas d'intervenir très efficacement au niveau des tarifs de détail, les baisses des charges de terminaison sur le marché de gros de l'interconnexion aux opérateurs mobiles n'ont pas les effets escomptés sur le niveau des prix de détails, ni pour les appels « mobiles vers mobiles », ni pour les appels « fixe vers mobile » (en particulier ceux en provenance du réseau fixe de l'opérateur historique Belgacom).*

Dans cette même lettre, l'IBPT pose à la Commission six questions. La première question porte sur « *les différentes approches de la Commission européenne* » entre la Belgique d'une part, l'Allemagne et la France d'autre part, dès lors qu'il est demandé au régulateur belge d'appliquer un régime tarifaire symétrique, alors que l'asymétrie tarifaire serait *'imposée'* à l'Allemagne et que la Commission accueille favorablement le projet de décision du régulateur français qui vise à accroître l'asymétrie tarifaire en France.

Quant à sa décision d'attendre la fin des travaux de l'ERG avant de prendre une décision définitive sur la régulation des charges de terminaison mobiles (MTR) en Belgique, il expose que *'la position commune ainsi définie par l'ERG pourrait différer substantiellement du principe de symétrie tarifaire imposé par votre Commission et qui est à la base de l'actuel projet de décision complémentaire régulant le marché 16 en Belgique (voir votre lettre du 14 août 2007)'* (souligné par la Cour).

Le contenu des différents courriers révèle que l'IBPT n'était nullement convaincu du caractère approprié de la mesure notifiée qui a finalement été adoptée, mais considérait au contraire – à tort ou à raison- que celle-ci lui était imposée et qu'elle allait à l'encontre des objectifs fondamentaux du cadre réglementaire commun.

Ces différents éléments font donc apparaître que la décision litigieuse du 18 décembre 2007 ne semble avoir été adoptée par l'IBPT qu'en raison de l'engagement pris dans sa décision du 11 août 2006 d'adopter en 2007 une nouvelle décision conforme à la position que la Commission a exprimée dans sa réaction du 4 août 2006 d'une part, du fait que la Commission n'est pas revenue en 2007 sur sa position telle qu'interprétée par l'IBPT, en dépit des initiatives prises par l'Institut dans l'espoir que la Commission admette de manière explicite que la prise en compte des parts de marché réelles des opérateurs et donc des économies d'échelle qui y sont liées se justifie (également) en Belgique pour déterminer le niveau des tarifs orientés en fonction des coûts d'un opérateur efficace.

Le fait que la décision litigieuse se limite à fixer les tarifs applicables du 1^{er} février 2008 au 30 juin 2008, ce qui paraît peu conciliable avec l'objectif de sécurité juridique que les opérateurs sont en droit d'attendre, confirme cette analyse.

Or, les observations que la Commission fait au titre de l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21 à la suite de la notification d'un projet de mesure relevant de l'article 16, paragraphe 4, de cette directive, ne produisent pas d'effets juridiques contraignants. Après examen attentif des observations de la Commission (et des observations des autres ARN), l'IBPT peut suivre une approche autre que celle proposée par la Commission. (TPICE, Vodafone Espana/Commission, affaire T-109/06, Ordonnance du tribunal du 12 décembre 2007).

Il en résulte que l'orientation donnée par la Commission à une ARN ne peut constituer à elle seule, en principe, le fondement de l'imposition d'obligations spécifiques.

En l'espèce, il ne semble pas pouvoir être déduit de la lettre du 4 août 2006 que la Commission aurait déclaré la première mesure notifiée incompatible avec le droit communautaire. La Commission a expliqué les raisons pour lesquelles elle estime que les tarifs de terminaison devraient en principe être symétriques et indiqué *' que l'asymétrie, acceptable dans nombre de cas, doit être convenablement motivée'* (page 5). C'est sur la base des données fournies par l'IBPT que la Commission a ensuite indiqué clairement les éléments sur la base desquels elle estimait que la mesure notifiée ne correspondait pas au souci d'atteindre la symétrie dans un délai raisonnable sur la base des

coûts d'un opérateur efficace et ceux qui la conduisait à inviter l'IBPT à définir le niveau des tarifs afin d'atteindre la symétrie entre Belgacom Mobile et Mobistar d'ici 2008 et la symétrie entre tous les opérateurs peu après la période de l'analyse.

La Commission n'a pas exclu toute possibilité pour l'IBPT de s'écarter de son analyse de la situation dès lors qu'elle indique qu'il revient à l'IBPT de justifier le maintien de différentiels par la constatation de différences objectives de coût, échappant à la maîtrise des opérateurs, dont elle donne deux exemples.

Par ailleurs, la Commission n'a pas décidé d'ouvrir la deuxième phase de la procédure, au titre de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2002/21.

Il ne ressort pas non plus du contenu de la lettre du 4 août 2006 que la Commission a entendu conférer des effets juridiques contraignants à l'invitation faite à l'IBPT de modifier le niveau des tarifs de chaque opérateur dans le sens qu'elle indiquait. Le fait que la Commission rappelle que l'IBPT dispose d'une marge d'interprétation pour appliquer les principes établis à l'article 8(4) de la directive accès et donc pour établir le délai raisonnable dans lequel l'asymétrie des tarifs de terminaison doit être éliminée semble au contraire indiquer que dans l'esprit de la Commission, c'était bien à l'IBPT que revenait la décision d'adopter les mesures finales et d'en déterminer le contenu compte tenu des spécificités du marché belge. En rappelant à l'IBPT qu'il doit tenir le plus grand compte des observations formulées par la Commission, la lettre confirme que la Commission ne considérait pas que l'IBPT soit lié par l'approche qu'elle défendait.

De ces considérations, il résulte que le moyen présenté par Base – et également par Mobistar dans le cadre de son recours en annulation- tiré de l'existence d'une erreur de droit en ce que l'IBPT a attaché un caractère contraignant à l'invitation que la Commission lui a adressée de reconsidérer le délai dans lequel les différentiels tarifaires devaient être éliminés ou réduits, est sérieux.

19. Deuxièmement, les motifs de la décision litigieuse semblent, de prime abord, entachés de contradiction sur des éléments essentiels relatifs à l'appréciation des coûts d'une prestation efficace de terminaison, en ce que la décision contredit l'approche prospective suivie par l'Institut dans sa décision du 11 août 2006 à laquelle elle se réfère explicitement – décision qui indiquait que les comparaisons à haut niveau effectuées entre les données des trois opérateurs n'avaient pas révélé des inefficacités et prenait en compte les parts de marché réelles des opérateurs et leur évolution vers une convergence en 2017-, sans exposer - autrement que par la référence aux observations de la Commission et le résultat à atteindre- le choix d'une méthode d'appréciation des coûts fondée sur l'hypothèse théorique d'une

situation dans laquelle les opérateurs présents sur le marché ont une part de marché identique (assimilée par l'IBPT au modèle d'une « concurrence parfaite »).

La décision litigieuse indique que la Commission européenne estime qu'il est nécessaire d'accélérer la transition vers un système où les tarifs de terminaison sont fixés par rapport aux coûts réels d'un opérateur efficace, et non par rapport aux coûts réels de chaque opérateur et précise que *l'IBPT rejoint la position de la Commission, et adopte donc une décision supplémentaire pour aller dans ce sens.* »

La décision affirme par ailleurs que la nouvelle approche qui revient à déterminer les niveaux de coûts d'un opérateur efficace en supprimant les effets d'économie d'échelle dus à des parts différentes des trois opérateurs *est cohérente avec les principes de glide path et de « réciprocity retardée » exposés dans la Décision initiale. L'IBPT se réfère à sa Décision, et en particulier aux pages 99 à 103 de celle-ci, quant aux considérations prises en compte par l'IBPT dans l'élaboration de ses choix.* » (Décision litigieuse, page 5).

Or, sous le titre « Justification et proportionnalité du remède », à savoir « le mécanisme de « glide path » initial établi dans la décision du 11 août 2006 et reproduit plus haut (point 13), il est dit dans la décision du 11 août 2006 que *« le maintien d'une certaine asymétrie entre les charges de terminaison des trois opérateurs se justifie en outre par la structure du marché belge de la téléphonie mobile (...) et que l'IBPT décide que les spécificités des nouveaux acteurs (notamment des facteurs d'économies d'échelle moins importants que les opérateurs établis de longue date) doivent être prises en compte de manière transitoire pour permettre le développement d'une concurrence équitable sur le marché au bénéfice des utilisateurs finaux. Cette approche est de nature à garantir le maintien d'un choix suffisant pour les consommateurs belges en matière de services de téléphonie mobile, ce qui est l'un des objectifs du cadre réglementaire.* » (Décision du 11 août 2006, page 100).

Dès lors que la décision litigieuse repose sur la volonté de suivre les recommandations de la Commission et sur le choix d'aboutir à un système de quasi-symétrie au cours de la période d'analyse, en ne tenant plus compte des économies d'échelle différentes dues aux parts de marché différentes pour déterminer le niveau des coûts d'une prestation efficace mais bien des seules différences de coûts entre l'exploitation d'un réseau GSM900 et d'un réseau DC1800, il s'impose de considérer qu'est sérieux le moyen qui dénonce le défaut de cohérence entre ce choix d'une part et les motifs de la première décision auxquels il est renvoyé d'autre part, puisque ces motifs visent précisément à démontrer la nécessité de prendre en compte la situation réelle des opérateurs au cours de toute la période d'analyse (2006-2008).

20. Troisièmement, le moyen tiré d'une méconnaissance de la notion d'orientation des prix en fonction des coûts apparaît également sérieux en ce que la décision litigieuse semble, de prime abord, devoir être interprétée comme autorisant Belgacom Mobile à appliquer des tarifs supérieurs à ses coûts propres d'une prestation efficace, tels qu'évalués par l'IBPT sur la base des coûts réels de cet opérateur.

A cet égard, il convient tout d'abord d'observer que bien que les décisions des 11 août 2006 et 18 décembre 2007 fixent des prix plafonds, tout indique qu'il s'agit en réalité de prix que les opérateurs sont autorisés à appliquer. Il en va en particulier de la décision litigieuse du 18 décembre 2007 dont l'objectif est d'imposer la symétrie des tarifs de terminaison des trois opérateurs mobiles. Cette décision précise que le tableau relatif au niveau des charges de terminaison « *fixe ainsi le prix de terminaison applicable pour chaque opérateur aux quatre échéances* » des 1.02.08, 1.07.08, 1.01.09 et 1.07.09, les tarifs applicables à partir du 1^{er} juillet 2008 étant toutefois mentionnés à titre indicatif.

Il ressort de l'ensemble des éléments du dossier que le prix fixé à l'échéance du 1^{er} février 2008 pour Belgacom Mobile dépasse ses propres coûts de fourniture du service de terminaison, tels qu'ils ont été évalués par l'IBPT sur la base d'un modèle générique de coûts qui repose sur des paramètres qui sont pour la plupart identiques pour les trois opérateurs et qui prend en compte les coûts réels examinés sous l'angle de leur efficacité.

En effet, le nouveau prix applicable au 1^{er} février 2008 (8,2 €ct) dépasse le prix initialement retenu pour l'échéance du 1^{er} juillet 2008 (6,56 €ct) lequel était censé correspondre aux coûts d'une prestation efficace de Belgacom Mobile

Il dépasse même le prix retenu initialement par l'IBPT pour l'échéance du 1^{er} janvier 2008 (7,48 €ct) qui est lui-même supérieur aux coûts d'une prestation efficace de Belgacom Mobile si l'on se fonde sur la décision du 11 août 2006 qui optait pour une évolution progressive des tarifs des trois opérateurs concernés vers le niveau produit par le modèle générique des coûts, ce qui selon la décision se justifiait par « *la nécessité de ne pas perturber de manière inadaptée l'équilibre financier des opérateurs mobiles à moyen terme tout en leur donnant une visibilité suffisante sur l'évolution durant la période de l'analyse des prix, qui tendront à être orientés vers les coûts* » (Décision du 11 août 2006, page 91).

Les nouveaux tarifs prévus pour les échéances des 1^{er} juillet 2008 et 1^{er} septembre 2009 restent également supérieurs au niveau de 6, 56 €ct produit par le modèle générique.

Il en va de même, mais dans une moindre mesure, de Mobistar qui – nonobstant la baisse imposée au 1^{er} février 2008 par rapport au plafond initialement prévu-, se voit néanmoins autorisée à appliquer, jusque fin juin 2008, un tarif de 8.84 €ct qui dépasse les coûts d'une prestation efficace tels que ceux-ci résultent du modèle générique de coûts à l'échéance du 1^{er} juillet 2008 (8,21 €ct) sur lequel repose la décision du 11 août 2006. Les nouveaux plafonds prévus pour les échéances des 1^{er} juillet 2008 et 1^{er} janvier 2009 en ce qui concerne Mobistar sont toutefois inférieurs à ce montant de 8,21 €ct.

En conséquence, il apparaît que la décision litigieuse permet à Belgacom Mobile de générer des rentes indépendantes de l'efficacité sur toute la période prise en considération par la nouvelle décision, en présumant que chaque entreprise représente une part de marché de 33% ce qui revient à fonder l'analyse des coûts sur une présomption de perte substantielle de part de marché (en volume de trafic) de l'opérateur historique qui voit sa part de marché fictivement et brutalement réduite aux seules fins d'adapter le modèle générique en fonction du résultat souhaité.

Comme l'IBPT l'indique, la mise en œuvre d'une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts au moyen d'une mesure de fixation des prix peut entraîner la prise en compte par le régulateur d'hypothèses aux fins d'encourager la recherche de plus d'efficacité de l'opérateur qui y est soumis. C'est également à juste titre que l'IBPT souligne que le régulateur dispose d'une large marge d'appréciation pour choisir et appliquer, au moment de l'examen des tarifs, la méthode de calcul des coûts relevant de l'opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché qu'il considère comme la plus appropriée.

Cependant, un mécanisme de fixation des prix qui repose, comme en l'espèce et s'agissant de Belgacom Mobile, sur un scénario de chute substantielle et brutale d'efficacité ne semble pas être de nature à créer pour Belgacom Mobile une incitation à plus d'efficacité. Ce scénario ne constitue pas non plus, de prime abord, une base objective d'évaluation des coûts de Belgacom, la prise en compte des coûts réels devant être privilégiée par rapport à toute méthode théorique d'évaluation des coûts qui conduirait à des prix plus élevés (voir en ce sens, les conclusions de l'avocat général M.M. Poiares Maduro dans l'affaire Arcor AG & C^o c. République Fédérale Allemande, C-55/06, en particulier point 84).

En conséquence, l'adoption d'une telle méthode d'évaluation des coûts conduit, en comparaison avec les prix obtenus sur la base du modèle descendant de type « top down » choisi par l'IBPT, fondé sur les coûts réels de l'opérateur et examinés par l'Institut sous l'angle de leur efficacité par l'utilisation d'une approche prospective des coûts incrémentaux à long terme, à l'application par Belgacom Mobile de prix trop élevés par rapport à sa structure de prix réelle, ce que la notion

d'orientation des prix en fonction des coûts interdit (CJCE, arrêt du 13 juillet 2006, Mobistar, C-438/04, Rec. P I-6675, point 35).

Par ailleurs, il est également douteux que l'adoption d'une telle méthode soit de nature à inciter les opérateurs concurrents à augmenter leur part de marché dès lors qu'elle réduit ou supprime leur marge sur les appels off net de leurs clients, et donc leur capacité d'offrir aux consommateurs une diminution significative des prix qui permettrait de les convaincre de changer de fournisseur.

21. Dans le même temps, la décision litigieuse adapte à la baisse et pour la même période, toujours en prenant comme point de départ la thèse selon laquelle, dans un marché à trois acteurs, un opérateur efficace virtuel doit disposer d'une part de marché de 33%, les tarifs initialement prévus pour Mobistar et Base.

Force est de constater, à ce stade, que l'IBPT n'a pas tenté d'établir qu'une part de marché de 33% est le seuil en dessous duquel un opérateur mobile actif sur le marché belge ne peut être performant vu les dimensions du marché national et son taux de croissance.

A supposer qu'il en soit ainsi, il n'apparaît pas non plus que l'IBPT ait tenté d'infirmer la thèse défendue par Base et Mobistar selon laquelle les différences de parts de marché et/ou les différences de coûts par rapport à Belgacom Mobile résultent d'une série d'éléments exogènes dont elles n'ont pas eu la maîtrise.

En effet, une part de marché faible ne révèle pas automatiquement des inefficacités de l'opérateur plus faible. Elle peut aussi révéler la présence, sur le marché, d'obstacles au développement de la concurrence.

22. La décision litigieuse n'expose pas en quoi l'élimination des différentiels de charges de terminaison dans un sens favorable à Belgacom Mobile qui se voit autorisée à augmenter ses tarifs à un niveau supérieur au niveau de ses coûts réels tels que définis sur la base du modèle générique développé par l'IBPT, répondrait au souci de l'IBPT de porter remède aux problèmes de concurrence identifiés dans la décision du 11 août 2006, à savoir : (i) le niveau élevé des prix de terminaison en termes absolus qui - du moins selon l'Institut - seraient répercutés sur les prix de détail des appels off net aboutissant sur le réseau de l'opérateur mobile appliquant des prix élevés, (ii) la présence de subventions croisées et le risque jugé suffisamment élevé en ce qui concerne Belgacom Mobile et Mobistar que cette pratique fausse la concurrence sur le marché de détail, (iii) une forte différenciation tarifaire entre les appels on net et les appels off net ainsi que des tarifs de détail abusivement bas sur les appels on net, et enfin (iiii) un manque de transparence des prix de détail qui ne reflètent pas les coûts, ce qui

serait le cas des prix des services mobiles (notamment on net) par rapport au prix des services fixes (notamment off net).

Or, conformément à l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2002/19/CE (directive « accès »), et aux dispositions de la loi du 13 juin 2005 qui transposent en droit national les dispositions du cadre réglementaire commun, les remèdes imposés doivent être fondés sur la nature du problème constaté, proportionnés et justifiés au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive « cadre ». L'objectif de l'imposition d'obligations *ex ante* aux entreprises désignées comme puissantes sur le marché *'est de garantir que ces entreprises ne puissent utiliser leur puissance de marché pour restreindre ou fausser la concurrence sur le marché pertinent ni faire jouer cette puissance sur des marchés adjacents'* (Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché – 2002/C 165/03, para.16).

Cet objectif ne paraît pas avoir été respecté dès lors que l'IBPT a indiqué dans sa réponse aux observations du Conseil de la concurrence du 15 juin 2006, que *'permettre à Belgacom Mobile d'appliquer un tarif supérieur à ses propres coûts donnerait à l'opérateur le plus puissant sur le marché un avantage supplémentaire (c'est-à-dire une marge supplémentaire) sur ses deux concurrents par lequel il pourrait asseoir ou renforcer sa position sur le marché de détail (par exemple avec l'utilisation de subventions croisées)* », et qu'un mois avant l'adoption de la décision litigieuse, il a confirmé ses craintes quant aux risques de distorsion de concurrence qu'une telle approche induirait (sa lettre du 14 novembre 2007 à la Commission européenne).

23. De ces considérations, il se déduit que le moyen fondé sur une violation de la notion d'orientation des tarifs en fonction des coûts en ce que la décision litigieuse autorise Belgacom Mobile à appliquer des prix qui sont trop élevés par rapport à sa structure de coûts, et impose à Base des tarifs inférieurs à ses coûts sans avoir relevé des inefficacités imputables à Base, est sérieux.

V. Sur l'urgence et la nécessité de prévenir un préjudice sérieux et immédiat

24. Le caractère sérieux et immédiat du préjudice allégué à l'appui d'une demande de sursis à exécution doit être apprécié *in concreto*.

La seule circonstance qu'il existe des actions permettant l'allocation de dommages et intérêts à raison d'un préjudice subi ne suffit pas pour exclure le caractère irréparable du préjudice allégué.

Par ailleurs, lors de l'évaluation de l'urgence, et le cas échéant, de la mise en balance des intérêts, il peut être tenu compte du caractère plus ou moins sérieux des moyens invoqués pour établir l'illégalité de la décision attaquée (Comp.CE, Ordonnance du 11 avril 2002, C-481/01 P/R, point 110).

25. Eu égard aux moyens invoqués, jugés sérieux, qui portent en substance sur la cohérence interne de la décision litigieuse, les conséquences inhérentes à la notion d'orientation des prix en fonction des coûts, le respect des objectifs de la réglementation et du principe d'égalité, c'est à bon droit que Base fait état d'un préjudice grave, résultant de l'exécution de la décision litigieuse.

Premièrement, la décision litigieuse a une incidence directe sur les rapports contractuels existants ou pouvant exister entre les opérateurs de téléphonie mobile et/ou fixe dans le cadre de l'interconnexion puisqu'elle détermine pour chacun des opérateurs concernés, les tarifs qu'il peut appliquer pour la fourniture de la prestation de terminaison des appels aboutissant sur son réseau, en s'écartant de ceux prévus par la décision du 11 août 2006 qui prenaient en compte les parts de marché réelles.

Dès lors que le plafond imposé à Base pour la période concernée (10,38 €ct) est inférieur aux coûts de la prestation efficace de Base, tels qu'évalués par l'IBPT sur la base de son modèle générique de coûts à un montant de 10,41 €ct, correspondant à l'échéance du 1^{er} juillet 2008 suivant le tableau repris dans la décision du 11 août 2006, il y a lieu de conclure *prima facie*, sur la base des données fournies par l'Institut, que Base est contrainte de vendre à perte sans que des inefficacités ne lui aient été reprochées.

L'IBPT fait valoir que Base ne rapporte pas à suffisance de droit la preuve que la tarification imposée la contraint à fournir sa prestation de terminaison à perte. En l'espèce, comme indiqué plus haut, il apparaît cependant de prime abord établi que les tarifs fixés par l'IBPT sont inférieurs aux coûts réels et actuels de Base, tels qu'ils résultent du modèle descendant « top down » choisi par l'IBPT et corrigé par des critères prenant en compte l'objectif d'efficacité, modèle qui a été préféré à un modèle théorique de type « bottom up ».

En conséquence, il revient à l'IBPT de justifier la mesure adoptée en démontrant que les dits coûts ne correspondent pas aux coûts d'une prestation efficace. Pour les raisons déjà indiquées, les justifications avancées dans la décision litigieuse apparaissent manifestement insuffisantes à ce stade. Par ailleurs, les explications fournies par Belgacom Mobile ne peuvent suppléer aux lacunes de la motivation de la décision attaquée ni au manque d'explications de l'IBPT dans le cadre de la présente procédure.

Deuxièmement, la décision litigieuse est susceptible d'avoir une incidence sur les rapports entre Base et ses clients –actuels ou potentiels-, puisque le coût de la prestation de terminaison d'appel sur les réseaux (fixe ou mobile) constitue une composante du coût de l'appel, susceptible d'être répercuté sur les prix de détail de Base, et que ces prix de détail peuvent être influencés par les pertes que Base subit sur la fourniture de ses propres prestations.

Contrairement à ce que prétend l'IBPT, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'impact positif qu'aurait, pour Base, la baisse des tarifs des autres opérateurs mobiles en chiffres absolus depuis le 1^{er} novembre 2006 pour vérifier si Base est contrainte de fournir à perte sa propre prestation de terminaison. Base n'est d'ailleurs pas obligée de faire appel aux services de terminaison de chaque opérateur concurrent.

De même, il n'y a pas lieu non plus d'avoir égard à la manière dont Base a choisi de tirer profit de la diminution des coûts d'interconnexion résultant pour elle d'une réduction en valeur absolue des tarifs de terminaison de ses concurrents depuis 2006 dès lors que l'Institut s'est fixé pour premier objectif une baisse des tarifs de terminaison de chacun des opérateurs, au profit des consommateurs. Le fait que Base aurait tiré profit de la réduction de ses coûts pour financer des offres de détail ne peut donc être pris en compte, une telle stratégie pouvant en outre s'expliquer par d'autres éléments.

Troisièmement, comme l'a reconnu l'IBPT dans le cadre de la procédure d'analyse du marché, la décision litigieuse est de nature à conférer à Belgacom Mobile un avantage concurrentiel supplémentaire par rapport à ses concurrents, et donc de créer des distorsions de concurrence sur le(s) marché(s) des détails alors qu'il résulte des éléments du dossier que Belgacom Mobile occupe de loin la première place tant en nombre d'abonnés qu'en chiffres d'affaires. En outre, les risques de distorsion de la concurrence sur le marché de détail sont considérés par l'IBPT lui-même comme réels puisqu'ils ont fondé l'imposition d'une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts.

26. Ces considérations font apparaître que Base est effectivement exposée à un préjudice sérieux et immédiat dont les effets ne peuvent être compensés par la perspective d'une indemnité future.

En particulier, le fait que Base pourrait le cas échéant récupérer la perte de revenus qu'elle invoque, ne suffit pas à écarter la demande en suspension. Le préjudice que la mesure litigieuse est susceptible d'entraîner ne se réduit pas à une perte de revenus d'interconnexion.

Une mesure telle que la mesure litigieuse, qui constitue *prima facie* un frein au développement de la concurrence, produit des effets multiples à différents niveaux qui se cumulent et qui sont susceptibles de s'aggraver avec le temps en entraînant un effet d'éviction.

Il y a lieu à cet égard d'observer que les effets de la décision litigieuse sont d'un autre ordre que ceux qui découlent de la première décision du 11 août 2006.

L'objectif principal de la décision du 11 août 2006 était de contraindre les opérateurs mobiles à baisser leurs tarifs de terminaison - jugés excessifs - dans l'espoir que cette baisse soit notamment répercutée sur les prix de détail. La baisse des charges de terminaison a donc réduit les revenus de terminaison des trois opérateurs, bien que dans des proportions différentes.

La décision du 11 août 2006 ne réduisait pas, en valeur relative, l'asymétrie qui existait en 2005 entre les tarifs des différents opérateurs. En valeur relative, l'asymétrie augmentait de 54,8% à 58,7% dans les rapports Base/Belgacom Mobile et de 22,7% à 26,8% dans les rapports Base/Mobistar. En outre, cette décision autorisait chaque opérateur mobile à pratiquer durant une période transitoire des tarifs supérieurs au niveau de ses coûts propres, résultant du modèle générique de coûts de type top down développé par l'Institut avec l'assistance de son consultant.

En revanche, la décision du 18 décembre 2007 met en place un mécanisme de contrôle des prix fondamentalement différent de celui mis en place par cette première décision.

Le nouveau modèle générique de coûts repose sur l'hypothèse que chaque opérateur dispose d'une part de marché de 33% ce qui, de toute évidence, procure un avantage immédiat à Belgacom Mobile dont les parts de marché sont plus élevées, ce que l'IBPT ne conteste pas.

De l'aveu même de celui-ci, ce choix a un impact favorable pour le groupe Belgacom, négatif pour Mobistar et encore plus pour Base, et neutre pour les opérateurs fixes alternatifs '*dans la mesure où la baisse des coûts d'interconnexion vers Mobistar et surtout vers Base est plus ou moins compensée par l'accroissement des coûts correspondants vers Proximus*' (lettre de l'IBPT du 11 juillet 2007 au Conseil de la concurrence).

Les conséquences concrètes et précises, directes et indirectes, de cette décision sur la position concurrentielle de Base (mais aussi de Mobistar) sont donc extrêmement difficiles à détecter et à évaluer puisque leur appréciation supposerait des analyses complexes – notamment sur la question de savoir si et comment Belgacom Mobile a fait usage de

l'avantage indu dans l'exercice de la concurrence que lui confère apparemment la décision litigieuse, - notamment sur les marchés en aval - et des désavantages concurrentiels qu'elle entraîne pour ses concurrents.

En conséquence, il s'impose d'ordonner la suspension si la balance des intérêts penche en faveur de la requérante.

VI. Sur la balance des intérêts

27. La balance des intérêts pèse en faveur de Base. En l'espèce, il suffit à cet égard de constater que l'IBPT a exprimé à plusieurs reprises des doutes sérieux quant au caractère approprié de la mesure au regard des objectifs de protection de la concurrence et des utilisateurs finals et qu'il s'est en outre réservé le droit, dans la décision litigieuse, de modifier son approche à compter du 1^{er} juillet 2008 ce qui ne fait que confirmer les doutes que l'IBPT entretient sur l'approche suivie.

VII. Sur la mesure demandée

28. Comme l'indique Mobistar, la suspension de la décision attaquée ne saurait être limitée aux obligations imposées à Base en matière de plafonds tarifaires, ce que Base admet, en ordre subsidiaire.

En effet, les mesures relatives au niveau des tarifs des trois opérateurs forment un tout indissociable. Il ressort clairement de la décision du 11 août 2006 que la décision litigieuse vise à modifier, comme de cette dernière décision, que les obligations spécifiques imposées à chacun des opérateurs par l'IBPT ne peuvent être regardées isolément mais doivent au contraire être appréciées en relation et en fonction des obligations spécifiques imposées aux deux autres opérateurs mobiles concernés et au regard des efforts que chaque opérateur doit consentir. La décision litigieuse est quant à elle le résultat d'une volonté d'aboutir à un régime de symétrie, en sorte qu'une suspension limitée aux effets que cette décision produit sur les droits et obligations de Base ne peut se justifier.

Contrairement à ce que l'IBPT indique, en faisant valoir qu'une suspension de la décision limitée aux seuls effets préjudiciables que la décision attaquée produit directement sur Base, Mobistar n'étend pas la demande formée par Base mais invite la cour siégeant en référé, à tenir compte dans son appréciation du fait que les obligations tarifaires sont liées entre elles et qu'une suspension partielle aurait à son tour des effets anticoncurrentiels au détriment de Mobistar et à l'avantage exclusif de Base.

Il y a donc lieu de suspendre les effets de la décision litigieuse en ce que cette décision modifie, de manière définitive, les plafonds prévus par la décision du 11 août 2006.

Dès lors que les nouveaux plafonds prévus pour la période postérieure au 1^{er} juillet 2008 sont mentionnés dans la décision litigieuse à titre indicatif, la demande de suspension est sans objet pour ce qui concerne ces tarifs.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, statuant contradictoirement;

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

Reçoit le recours en annulation,

Reçoit la demande en suspension,

Reçoit les interventions,

Reçoit la demande formulée en ordre subsidiaire par Mobistar,

Dit la demande en suspension fondée ;

Ordonne par mesure avant dire droit, la suspension des effets de la décision litigieuse en ce qu'elle modifie les plafonds tarifaires prévus par la décision du 11 août 2006 et détermine les charges de terminaison des trois opérateurs de réseau mobile belges pour la période allant du 1^{er} février 2008 au 30 juin 2008.

Réserve à statuer sur le fond des demandes,

Réserve à statuer sur les dépens;

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la **chambre 18** de la Cour d'appel de Bruxelles le **QUATRE AVRIL 2008**.

Où étaient présents :

Paul BLONDEEL, président de chambre
Christine SCHURMANS, conseiller
Koenraad MOENS, conseiller
Jan VAN DEN BOSSCHE, greffier-adjoint.

J. VAN DEN BOSSCHE



K. MOENS



C. Schurmans



C. SCHURMANS

P. BLONDEEL

