

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,  
18 CHAMBRE,

N°.: 919

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N°. 2006/AR/2332 conn. 2006/AR/2628 conn. 2006/AR/2629  
conn. 2007/AR/3394 conn. 2008/AR/425 conn. 2008/AR/427

N°Rép.: 2009/

5205

Cause I : 2006/AR/2332

**EN CAUSE DE :**

La **S.A. BELGACOM MOBILE**, dont le siège social est à 1210 BRUXELLES, rue du Progrès 55, inscrite à la BCE sous le n° 0453.918.428; partie demanderesse ;

représentée par Maître Dirk VAN LIEDEKERKE, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 bte 26;

**CONTRE :**

**L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT)**, organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ; partie défenderesse ;

représentée par Maître Sebastien DEPREE et Me. Laurence MOURLON BEERNAERT, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

Chambre 18

Audience du

18.06.09

Arrêt déf.

EN PRESENCE DE :

**LA SA BASE**, dont le siège est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105,  
inscrite à la BCE sous le n° 0462.925.669 ;

Partie intervenante, représentée par Me. VERHEYDEN Alexandre et Me. Y.  
DESMEDT, avocats à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165 ;

**LA SA MOBISTAR**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, rue  
Colonel Bourg 149, inscrite à la BCE sous le n° 0456.810.810 ;

Partie intervenante, représentée par Me. Anne VALLERY et Me. Frédéric  
LOUIS, avocats à 1050 BRUXELLES, Place du Champ de Mars 5 ;

\*\*\*\*\*

Cause II : 2006/AR/2628

EN CAUSE DE :

**LA SA MOBISTAR**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, rue  
Colonel Bourg 149, inscrite à la BCE sous le n° 0456.810.810 ;  
partie demanderesse ;

représentée par Me. Anne VALLERY et Me. Frédéric LOUIS, avocats à 1050  
BRUXELLES, Place du Champ de Mars 5 ;

CONTRE :

**L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES  
TELECOMMUNICATIONS (IPBT)**, organisme d'intérêt public, dont le siège  
est établi à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ;  
partie défenderesse ;

représentée par Maître Dirk VAN LIEDEKERKE, avocat à 1050 BRUXELLES,  
avenue Louise 326 bte 26;

ET EN PRESENCE DE :

**LA SA BASE**, dont le siège est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105,  
inscrite à la BCE sous le n° 0462.925.669 ;

Partie intervenante, représentée par Me. VERHEYDEN Alexandre et Me. Y. DESMEDT, avocats à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165 ;

**La S.A. BELGACOM MOBILE**, dont le siège social est à 1210 BRUXELLES, rue du Progrès 55, inscrite à la BCE sous le n° 0453.918.428 ;  
partie intervenante ;

représentée par Maître Dirk VAN LIEDEKERKE, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 bte 26 ;

\*\*\*\*\*

Cause III : 2006/AR/2629

**EN CAUSE DE :**

**LA SA BASE**, dont le siège est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105, inscrite à la BCE sous le n° 0462.925.669 ;

Partie demanderesse, représentée par Me. VERHEYDEN Alexandre et Me. Y. DESMEDT, avocats à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165 ;

**CONTRE :**

**L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT)**, organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ;  
partie défenderesse ;

représentée par Maître Sebastien DEPPE et Me. Laurence MOURLON BEERNAERT, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240 ;

**ET EN PRESENCE DE :**

**LA SA MOBISTAR**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, rue Colonel Bourg 149, inscrite à la BCE sous le n° 0456.810.810 ;

Partie intervenante, représentée par Me Yves VAN GERVEN, Me. Anne VALLERY et Me. Frédéric LOUIS, avocats à 1050 BRUXELLES, Place du Champ de Mars 5 ;

La **S.A. BELGACOM MOBILE**, dont le siège social est à 1210 BRUXELLES, rue du Progrès 55, inscrite à la BCE sous le n° 0453.918.428; partie intervenante ;

représentée par Maître Dirk VAN LIEDEKERKE, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 bte 26;

\*\*\*\*\*

Cause IV : 2007/AR/3394

**EN CAUSE DE :**

**LA SA BASE**, dont le siège est établi à 1200 BRUXELLES, rue Neerveld 105, inscrite à la BCE sous le n° 0462.925.669 ;

Partie demanderesse, représentée par Me. VERHEYDEN Alexandre et Me. Y. DESMEDT, avocats à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock 165 ;

**CONTRE :**

**L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT)**, organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1020 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ; partie défenderesse ;

représentée par Maître Sebastien DEPPE et Me. Laurence MOURLON BEERNAERT, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

**ET EN PRESENCE DE :**

**La S.A. BELGACOM MOBILE**, dont le siège social est à 1210 BRUXELLES, rue du Progrès 55, inscrite à la BCE sous le n° 0453.918.428; partie intervenante ;

représentée par Maître Dirk VAN LIEDEKERKE, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 bte 26;

**LA SA MOBISTAR**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, rue

Colonel Bourg 149, inscrite à la BCE sous le n° 0456.810.810 ;

Partie intervenante, représentée par Me Yves VAN GERVEN, Me. Anne VALLERY et Me. Frédéric LOUIS, avocats à 1050 BRUXELLES, Place du Champ de Mars 5 ;

\*\*\*\*\*

Cause V : 2008/AR/425

**EN CAUSE DE :**

**La S.A. BELGACOM MOBILE**, dont le siège social est à 1210 BRUXELLES, rue du Progrès 55, inscrite à la BCE sous le n° 0453.918.428;  
partie demanderesse ;

représentée par Maître Dirk VAN LIEDEKERKE, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 bte 26;

**CONTRE :**

**L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT)**, organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ;  
partie défenderesse ;

représentée par Maître Sebastien DEPREE et Me. Laurence MOURLON BEERNAERT, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

**ET EN PRESENCE DE :**

**LA SA MOBISTAR**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, rue Colonel Bourg 149, inscrite à la BCE sous le n° 0456.810.810 ;

Partie intervenante, représentée par Me Yves VAN GERVEN, Me. Anne VALLERY et Me. Frédéric LOUIS, avocats à 1050 BRUXELLES, Place du Champ de Mars 5 ;

Cause VI : 2008/AR/427

**EN CAUSE DE :**

**LA SA MOBISTAR**, dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, rue Colonel Bourg 149, inscrite à la BCE sous le n° 0456.810.810 ;

Partie demanderesse, représentée par Me Yves VAN GERVEN, Me. Anne VALLERY et Me. Frédéric LOUIS, avocats à 1050 BRUXELLES, Place du Champ de Mars 5 ;

**CONTRE :**

**L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS (IPBT)**, organisme d'intérêt public, dont le siège est établi à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 14 bte 21 ;  
partie défenderesse ;

représentée par Maître Sebastien DEPREE et Me. Laurence MOURLON BEERNAERT, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 240;

\*\*\*\*\*

**1. OBJET DES RECOURS**

1. Les recours ont pour objet la décision du Conseil de l'IBPT 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 », marché qui est repris dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents, ci-après « La Décision » et la décision du Conseil de l'IBPT du 18 décembre 2007, intitulée « 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 », ci-après « Le Complément ».

2. **La Décision** régleme la fourniture des services de terminaison d'appel vocal pour la période d'analyse 2006-2008 sur les réseaux mobiles individuels de deuxième et troisième générations qui mettent en relation, d'une part les opérateurs de réseau public mobile en Belgique (les vendeurs) et, d'autre part les opérateurs fixes belges, les autres opérateurs de réseaux mobiles belges et les opérateurs étrangers (les acheteurs), par le biais d'une offre d'interconnexion et de systèmes GSM-gateway ou sim-boxes.

3. Elle définit un marché de gros pour Belgacom Mobile, Mobistar et Base et désigne chacun d'eux comme disposant d'une puissance significative sur son propre marché, au sens de l'article 14 paragraphe 2 de la directive 2002/21, directive « cadre ».

4. Elle leur impose à tous les trois les obligations de :

- fourniture de prestations d'accès et d'interconnexion pour la terminaison d'appel vocal sur le réseau téléphonique public mobile ;
- non-discrimination externe ;
- transparence (y compris la publication d'une offre de référence) ;
- contrôle des prix et orientation sur les coûts pour les services terminaison.

En outre, Belgacom Mobile et Mobistar sont tenus de respecter :

- une obligation de non-discrimination interne ;
- une obligation de séparation comptable.

5. **Le Complément** complète et modifie les obligations instaurées en matière de contrôle des prix et d'orientation sur les coûts.

## II. LES FAITS

Au vu des pièces et des explications des parties, les faits peuvent être relatés de la manière suivante.

## II.1. CADRE GENERAL

6. L'article 15 de la directive « cadre » 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, charge la Commission européenne d'établir une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services qui recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence.

Dans sa recommandation applicable au litige 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 », ci-après la Recommandation de 2003, la Commission européenne a identifié 18 marchés relevant de ce secteur susceptibles de faire l'objet d'une régulation.

7. L'article 16 de la directive « cadre » invite les autorités réglementaires nationales, (ARN) « *dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle* », à analyser les marchés pertinents recensés par la Commission européenne et à déterminer s'ils sont effectivement concurrentiels. Si une ARN conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle identifie la ou les entreprise(s) puissante(s) sur ce marché et lui (leur) impose des obligations réglementaires spécifiques.

En Belgique, c'est l'IBPT qui a reçu ces missions du législateur national, lors de la transposition de cette directive et d'autres directives (cf. infra) et les Décisions critiquées procèdent de la mise en œuvre de ces compétences par l'IBPT pour le 16<sup>ème</sup> marché recensé dans la Recommandation de 2003.

## **II.2. HISTORIQUE**

### **1. Les réglementations antérieures**

8. Jusqu'en 1996, les services de téléphonie mobiles sont inclus dans le monopole légal dont bénéficie BELGACOM, qui commence, en 1992, à fournir des services mobiles analogiques et en janvier 1994, des services mobiles GSM (deuxième génération). En 1996, Belgacom obtient une licence d'exploitation de réseau GSM – avec effet au 8 avril 1995 - et, en mars 2001, une licence d'exploitation de réseau mobile troisième génération (« 3G » ou « UMTS »).

En 1995, sous la pression de la Commission européenne, le législateur autorise l'entrée d'un deuxième opérateur sur le marché belge. C'est ainsi que le 27 novembre 1995, Mobistar, qui appartient au groupe France Télécom, obtient une licence GSM ; il commence à commercialiser ses services en août 1996. En mars 2001, il obtient sa licence d'exploitation de réseau mobile de troisième génération.

Le 2 juillet 1998, Base (KPN / Orange) obtient à son tour une licence DCS et environ un an plus tard, il commence son exploitation. En mars 2001, il obtient également une licence d'exploitation de réseau mobile de troisième génération.

Au moment de l'élaboration et de l'adoption de la Décision et du Complément, ces trois opérateurs de téléphonie mobile sont donc actifs sur le territoire belge.

9. De manière générale, l'interconnexion entre deux réseaux de télécommunications comporte deux aspects distincts : (i) la collecte d'appels sur un réseau pour permettre aux clients de ce réseau d'utiliser les services d'un autre opérateur pour atteindre indirectement le destinataire au moyen d'un code de sélection approprié et (ii) la terminaison d'appels provenant d'un

autre réseau de télécommunications sur le réseau concerné. Le présent litige concerne exclusivement la terminaison des appels.

10. Avant d'être réglementé par la Décision litigieuse, ce marché fit déjà l'objet d'interventions de l'IBPT, d'abord à l'égard de Belgacom Mobile et ensuite de Mobistar.

Le 20 octobre 2000, sur la base d'un avis de l'IBPT, le Ministre des Télécommunications désigne **Belgacom Mobile** comme opérateur puissant sur le marché national de l'interconnexion. Par l'effet de cette désignation, Belgacom Mobile est soumis aux obligations qui résultent, pour l'opérateur puissant, de l'ancien cadre légal et réglementaire fixé par la Directive 97/33/CE du 30 juin 1997 du Parlement européen et du Conseil tel que transposée dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Il est tenu d'orienter ses charges d'interconnexion en fonction de ses coûts et d'appliquer aux autres opérateurs (fixes ou mobiles) des conditions d'interconnexion non discriminatoires entre eux et équivalentes à celles qu'il procure à ses services, ses filiales et à ses partenaires.

Le 18 janvier 2001, sur la base d'un nouvel avis de l'IBPT, le Ministre oblige **Belgacom Mobile** à diminuer certains tarifs d'interconnexion. C'est ainsi que, le 15 février 2001, une baisse de 13,2% ou 1,2 Bef par minute (hors tva) intervient.

Dans un nouvel avis du 25 juillet 2001, l'IBPT recommande au Ministre de réduire encore, à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2001, le tarif moyen de terminaison, MTR, de Belgacom Mobile, et propose une révision annuelle des tarifs d'interconnexion. Il précise que « *vu les spécificités du marché belge, on devrait envisager d'aligner systématiquement le niveau des charges MTR de Belgacom Mobile sur un niveau nettement inférieur (-20%) par rapport à la moyenne des opérateurs déclarés SMP dans les pays de l'Union européenne* ». Sur cette base, il propose une réduction de plus de 10% du

MTR de Belgacom Mobile à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2001.

Enfin, le 17 décembre 2001, un nouvel avis prévoit de nouvelles adaptations les 1<sup>er</sup> juillet 2003 et 2004, et une réévaluation de la stratégie en matière de charges de terminaison sur les réseaux mobiles à la fin de chaque année, « *compte tenu notamment du nouveau cadre européen, des décisions arrêtées dans les autres pays de l'Union et de la situation concurrentielle sur le marché belge des télécommunications* ».

En janvier 2003, **Mobistar** est désignée comme disposant d'une puissance significative de marché sur le marché de l'interconnexion, ce qui a pour effet de le soumettre aux obligations fixées par le cadre réglementaire pour l'opérateur SMP (cf. ci-dessus). Par ailleurs, une décision de l'IBPT du 23 septembre 2003 régule ses tarifs de terminaison qui sont désormais régis par un plafond, comme ceux de Belgacom Mobile, alors qu'auparavant Mobistar les fixait librement pour peu qu'ils demeurent raisonnables, et ils étaient supérieurs à ceux (plafonnés) de Belgacom Mobile.

Un arrêt de la cour de céans du 30 juin 2006 (2003/AR/2474) a néanmoins annulé la décision du l'IBPT du 23 septembre 2003, pour le motif que l'IBPT ne s'était pas conformé à l'obligation de soumettre le projet de ses décisions à la Commission européenne (cf. *infra* sur cette question)<sup>1</sup>.

Pendant ce temps, Base continue à fixer librement ses tarifs de terminaison qui augmentent régulièrement à partir de l'année 2000 jusqu'à l'entrée en vigueur de la Décision.

11. Le 5 août 2005, le Conseil de l'IBPT adopte une nouvelle décision relative à la régulation des charges de terminaison MTR de l'opérateur Belgacom Mobile.

Le Conseil estime que les conditions sont réunies pour réévaluer le

---

<sup>1</sup> En revanche cet arrêt ne critique pas la régulation établie, ni

mécanisme du « *price cap* » fixé en 2001, parce que la situation dans les autres Etats membres a évolué, qu' « *il existe une tendance à l'alignement des niveaux moyens de ces charges pour les différents opérateurs mobiles SMP* » au moins pour « *les deux principaux opérateurs mobiles sur le marché concerné dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne* », qu'il « *semble ne pas exister de motifs...pour considérer que la situation belge s'expliquerait par une répartition de parts de marché différant sensiblement de la répartition des parts de marché dans d'autres pays européens* », depuis que Mobistar a été désignée SMP et que la portabilité des numéros mobiles a été introduite sur le marché belge. Il constate que le différentiel tarifaire entre Belgacom Mobile et Mobistar s'établit à 24,8% et qu'il est de 44,4% entre Belgacom Mobile et Base et il estime « *qu'il ne serait pas approprié d'accroître le différentiel tarifaire entre les charges MTR des deux opérateurs mobiles belges ayant un statut SMP* ».

Il décide par conséquent (i) de postposer à la date du 1<sup>er</sup> novembre 2004 la diminution des tarifs MTR de Proximus qui était prévue pour le 1<sup>er</sup> juillet 2004 au terme de l'avis de l'IBPT du 17 décembre 2001, (ii) de déterminer le moment venu l'ampleur de la diminution ainsi imposée à Proximus de telle manière que le différentiel tarifaire actuel entre les niveaux moyens des charges MTR de Mobistar et de Proximus soit maintenu à sa valeur actuelle (exprimée sous forme de pourcentage) et (iii) d'attendre les résultats de l'analyse de marché de la terminaison d'appels sur les réseaux mobiles et l'élaboration d'un nouveau modèle de coûts générique pour les opérateurs mobiles pour imposer éventuellement à partir de l'année 2005, en matière de régulation de leurs charges MTR, de nouvelles mesures aux opérateurs mobiles concernés ». Les charges de terminaison de Belgacom Mobile ne subissent donc pas de nouvelle réduction et l'on demeure dans l'attente des résultats de l'analyse du marché 16 en cours.

12. La Décision et son Complément interviennent dans ce contexte et, comme on le verra, ces actes contiennent, notamment, une nouvelle réglementation des tarifs, qui, cette fois, est aussi applicable à Base.

---

l'asymétrie qui en résultait entre Mobistar et Belgacom Mobile.

## 2. L'adoption de la Décision

13. Le 8 février 2006, l'IBPT – qui a terminé cette analyse – soumet son projet à la **consultation nationale**, sur son site internet<sup>2</sup>. La période de consultation prend fin le 16 mars 2006.

Chaque opérateur formule une série d'observations critiques puisqu'il est prévu de leur imposer des obligations ou de maintenir des obligations anciennes. Des associations de consommateurs se signalent également ; elles critiquent le maintien d'une tarification asymétrique des charges MTR entre les trois opérateurs et l'importance du différentiel entre eux.

Le projet de Décision est complété sur certains points mais il ne subit pas de modification profonde sur les mesures qu'il prévoit, sauf l'ajout d'une obligation de non discrimination externe pour Base.

14. Le 17 mai 2006, l'IBPT soumet le projet de décision modifié à l'avis du **Conseil de la concurrence** qui rend son avis le 15 juin 2006, avis auquel l'IBPT répond le 5 juillet suivant.

15. Enfin, l'IBPT transmet le projet à la **Commission européenne**. Il résulte des dires de l'IBPT qu'avant la notification du projet de décision, l'IBPT et la Commission ont tenu des réunions informelles pour discuter des questions relatives à l'élaboration des remèdes sur le marché 16. La teneur précise de ces discussions n'est pas révélée.

Le 4 août 2006, la Commission européenne communique ses observations. On y lit notamment qu'elle invite l'IBPT « à définir le niveau des tarifs de

---

<sup>2</sup> Prévues par les articles 139 et 140 de la loi du 13 juin 2005 et organisée selon les modalités fixées par l'arrêté royal du 26 janvier 2006, elle est obligatoire lorsque le projet de décision est susceptible d'avoir des incidences importantes sur un marché

*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 d'analyse »<sup>3</sup>.*

L'IBPT insère une modification dans son projet pour annoncer qu'une décision complémentaire interviendra: « *suite aux commentaires de la Commission européenne, les adaptations tarifaires indiquées dans le tableau ci-avant pour l'année 2008 seront modifiées par une décision complémentaire de l'Institut en vue d'atteindre la symétrie entre les charges de terminaison de Proximus et Mobistar en 2008 d'une part, et de réaliser une baisse plus forte du niveau des charges de terminaison de Base en 2008 d'autre part* ».

### **3. Les suites de la Décision**

16. Le 11 août 2006, le Conseil de l'IBPT adopte la Décision.

---

pertinent.

<sup>3</sup> Base a introduit un recours en annulation devant le tribunal de première instance des Communautés européennes contre les observations de la Commission. Par une ordonnance du 22 février 2008, le tribunal de première instance a déclaré le recours de Base irrecevable.

17. Les trois opérateurs déposent une requête en annulation devant la cour, dans le délai imparti. En outre, chacun intervient volontairement dans les procédures initiées par les deux autres.

Base demande également la suspension de la Décision et Belgacom Mobile intervient volontairement à ses côtés pour soutenir cette demande tandis que Mobistar s'y oppose. La cour rejette la demande de suspension, par arrêt du 27 octobre 2006. La Décision produit donc ses effets.

18. Le 3 avril 2007, l'IBPT publie le projet du Complément à la Décision (annoncé dans la Décision, cf. ci-dessus), qui fixe des plafonds tarifaires obligatoires pour six mois, à partir du 1<sup>er</sup> février 2008 jusqu'au 30 juin suivant.

Ce projet est soumis à la consultation nationale, du 6 avril au 2 mai 2007. Les opérateurs font des commentaires qui ne suscitent aucune modification du projet qui est envoyé pour avis au **Conseil de la concurrence**. Le 22 juin 2007, le Conseil de la concurrence demande un complément de motivation. Une lettre de l'IBPT du 11 juillet 2007 lui répond.

Le 17 juillet 2007, le projet de Complément est notifié à la **Commission européenne** qui rend un avis favorable, le 14 août 2007.

Cependant, par une communication du 11 septembre 2007, l'IBPT informe les opérateurs qu'il a décidé de surseoir provisoirement à l'adoption du Complément dans l'attente de connaître la position commune du Groupe des Régulateurs Européens (GRE) sur la régulation des charges MTR.

La Commission européenne demande des explications à l'IBPT. Le Ministre chargé de l'Economie lui indique qu'en n'adoptant pas la mesure annoncée, il mine la confiance du secteur dans le régulateur belge et le cadre réglementaire belge.

Le 18 décembre 2007, et bien que la position définitive du GRE ne soit pas

encore connue, le Conseil de l'IBPT adopte le Complément.

Base en demande l'annulation et avant dire droit, la suspension. Les deux autres opérateurs interviennent volontairement pour que la demande en suspension de Base soit rejetée.

Par arrêt du 4 avril 2008, la cour ordonne la suspension des effets du Complément « *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 mobiles belges pour la période allant du 1<sup>er</sup> février 2008 au 30 juin 2008* ».

19. Le 11 avril 2008, l'IBPT publie une consultation sur un deuxième projet de Complément, appelé à remplacer le premier.

Les trois opérateurs émettent des objections à l'encontre de ce nouveau projet qui n'est soumis ni au Conseil de la concurrence ni à la Commission, l'IBPT considérant que ces consultations ne s'imposent pas.

Le 29 avril 2008, le Conseil de l'IBPT adopte ce nouveau Complément qui retire le premier et impose de nouvelles obligations tarifaires inspirées des tarifs indicatifs mentionnés dans la Décision (voir ci-après).

Les trois opérateurs dirigent chacun un recours en annulation à l'encontre de ce deuxième Complément qui sort néanmoins ses effets, dans l'attente de son annulation éventuelle par la cour.

### **III. PROCEDURE ET DEMANDES FORMEES DEVANT LA COUR**

#### **1. Recours contre la Décision**

20. Par requête déposée au greffe de la cour d'appel le 25 août 2006, **Belgacom Mobile** demande l'annulation du régime asymétrique de contrôle des prix, de l'obligation de non-discrimination interne, en tant qu'elle lui est imposée de manière asymétrique, des obligations spécifiques liées à

l'obligation d'accorder à des opérateurs tiers des prestations d'accès et d'interconnexion, de l'obligation de publier une offre de référence et enfin, de l'obligation de séparation comptable qui lui sont imposées.

Il demande à la cour d'ordonner à l'IBPT d'adopter une nouvelle décision portant sur l'obligation de contrôle des prix, en conformité avec le cadre réglementaire et en tenant dûment compte des observations formulées par le Conseil de la Concurrence et la Commission européenne.

Par mesure avant dire droit, il réclame la suspension de la Décision.

Base intervient volontairement dans cette procédure afin que le recours de Belgacom Mobile soit déclaré non fondé ainsi que sa demande en suspension. Base demande, en outre, l'annulation de la Décision en ce qu'elle autorise Belgacom Mobile à appliquer des tarifs excessifs.

Mobistar intervient également pour que les demandes en annulation et en suspension de Belgacom Mobile soient déclarées non fondées.

Par requête du 22 septembre 2006, **Base** sollicite l'annulation de la Décision pour les dispositions qui la concerne et qu'il soit ordonné à l'IBPT de lui fournir l'ensemble du dossier non confidentiel ayant mené à l'adoption de la Décision.

Mobistar intervient volontairement dans ce recours et demande à la cour de décider que la demande en annulation de Base est partiellement fondée pour la définition du marché pertinent et la désignation des opérateurs SMP. A titre subsidiaire, il demande l'annulation des obligations relatives à la publication d'une offre de référence et à la co-localisation dans le cadre de l'obligation d'accès.

Avant dire droit, Base demande la suspension partielle de la Décision.

Belgacom Mobile intervient volontairement et postule la suspension de la Décision, pour ce qui le concerne. Mobistar intervient également volontairement considérant la demande en suspension de Base n'est pas fondée, en l'absence de préjudice grave et difficilement réparable et compte tenu de la balance des intérêts en présence.

Par requête déposée au greffe de la cour le 25 septembre 2006, **Mobistar**

poursuit la mise à néant de la Décision, pour ce qui concerne la fixation des charges de terminaison et le système de comptabilisation des coûts, l'obligation de non discrimination interne et l'obligation de séparation comptable. Avant dire droit, Mobistar demande la suspension de la décision en ce qui concerne la fixation des charges de terminaison pour l'intégralité de la période couverte par la décision ou à tout le moins pour la tarification des charges de terminaison de Mobistar.

Base intervient volontairement dans cette procédure pour que soit déclaré fondé le deuxième moyen de Mobistar concernant la décision d'introduire la symétrie des charges de terminaison pour l'année 2008 « *en ce que la Décision édicte que l'IBPT prendra une décision instaurant la symétrie tarifaire sans analyse préalable de la situation spécifique de Mobistar et de Belgacom Mobile sur le marché* ».

Belgacom Mobile intervient également afin que soit ordonnée la suspension de la Décision « *en ce qui concerne Belgacom* » dans son intégralité, à partir de la première étape du 1<sup>er</sup> novembre 2006.

Ces causes, connues sous les R.G. 2006/AR/2629, 2332, sont déclarées connexes par l'arrêt de la cour du 27 octobre 2006 qui en ordonne la jonction. La cour déclare recevables les recours et les interventions volontaires et déboute les requérants de leurs demandes de suspension. Elle considère qu'aucun opérateur ne démontre que l'entrée en vigueur de la Décision lui causerait un préjudice grave et irréparable.

## **2. Recours contre le Complément**

21. Par requête du 27 décembre 2007, **Base** introduit un recours en annulation contre le Complément. Mobistar et Belgacom Mobile interviennent volontairement dans cette procédure. Mobistar demande à la cour de faire droit à la demande d'annulation de Base et d'étendre la mesure d'annulation

aux dispositions tarifaires qui le concerne. Belgacom Mobile invite la cour à dire le recours de Base à tout le moins partiellement irrecevable et ses moyens non fondés.

Avant dire droit, Base forme une demande en suspension. Belgacom Mobile intervenante volontaire postule le rejet de cette demande. Mobistar également.

Le 15 février 2008, **Mobistar et Belgacom Mobile** déposent à leur tour des requêtes distinctes pour obtenir l'annulation du Complément.

22. Par arrêt du 4 avril 2008, la cour reçoit le recours en annulation de Base et sa demande en suspension, elle déclare recevables les Interventions volontaires et ordonne, par mesure avant dire droit, la suspension des effets du Complément, en ce qu'il modifie les plafonds tarifaires prévus par la Décision et en ce qu'il détermine les charges de terminaison des trois opérateurs de réseau mobile belges pour la période allant du 1<sup>er</sup> février 2008 au 30 juin 2008.

Des recours ont également été formés contre la décision du 29 avril 2008 ; ils ne font pas l'objet de la présente procédure.

#### **IV. PRESENTATION DU CADRE REGLEMENTAIRE**

23. La Décision se réfère aux cinq directives adoptées le 7 mars 2002 par le Parlement européen et le Conseil connues sous les noms de directive « cadre », directive « autorisation », directive « accès », directive « service universel » et directive « vie privée et communications électroniques », ainsi qu'à la loi belge du 13 juin 2005 « relative aux communications électroniques » qui transpose en droit belge les quatre premières directives précitées.

24. La Décision vise également 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 du 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 » et la Recommandation de 2003 précitée.

25. Les Lignes directrices ont été élaborées par la Commission européenne, conformément aux principes du droit de la concurrence, à l'intention des autorités réglementaires nationales pour qu'elles puissent évaluer le caractère effectif de la concurrence sur un marché donné et la puissance sur le marché des entreprises concernées. Elles ont pour but de guider les ARN dans l'exercice de leurs responsabilités en matière de définition des marchés et d'évaluation de la puissance sur ces marchés et les ARN sont invitées à en tenir le plus grand compte (considérant 28 de la directive « cadre »).

## **V. DISCUSSION ET DECISION DE LA COUR**

### **V.1. EXCEPTIONS D'IRRECEVABILITE**

26. Il sera préalablement constaté que les interventions volontaires de chaque opérateur dans les recours en annulation formé par les deux autres contre la Décision, ont été déclarées recevables par l'arrêt précité du 27 octobre 2006 qui statue sur la demande en suspension de la Décision. En revanche, cet arrêt omet de se prononcer explicitement sur la recevabilité des recours en annulation. L'arrêt du 4 avril 2008, relatif à la suspension du Complément, admet la recevabilité du recours en annulation *de Base* contre ce Complément et celle des interventions volontaires de Belgacom Mobile et de Mobistar dans le recours en annulation de Base. Il laisse intacte la question de la recevabilité des recours en annulation de Belgacom Mobile et de Mobistar contre le Complément. Il convient donc de se prononcer sur la recevabilité des trois recours en annulation contre la Décision et des recours

en annulation de Belgacom Mobile et Mobistar contre le Complément ainsi que sur la recevabilité de certains moyens qui est contestée. En effet, des exceptions d'irrecevabilité sont à présent soulevées par l'IBPT à l'encontre des demandes en annulation formées par Belgacom Mobile et Mobistar en tant qu'elles tendent à obtenir l'annulation *de la Décision* dans toutes ses dispositions, et pas seulement celles qui les concernent directement et des exceptions d'irrecevabilité sont invoquées par l'IBPT et Belgacom Mobile à l'encontre de moyens et de demandes formées par Mobistar et Base, en leur qualité d'intervenantes volontaires dans le recours en annulation de Belgacom Mobile et, pour Mobistar, dans le recours en annulation de Base contre la Décision.

27. L'article 4, paragraphe 1 de la directive « cadre » oblige les Etats membres à permettre à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques et qui est « affecté (e) » par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Selon l'interprétation qu'il convient de donner à cette disposition, il y a lieu de considérer comme « affectés » par une décision de l'IBPT, telle la Décision litigieuse - qui détermine un marché, désigne l'opérateur SMP et fixe des remèdes -, non seulement l'opérateur SMP notifié, mais également les utilisateurs et les entreprises concurrentes dont les droits sont potentiellement affectés par cette décision, même s'ils n'en sont pas les destinataires et s'ils ne sont pas concernés directement et individuellement par la décision. Le recours est donc ouvert, non seulement à l'opérateur puissant, mais également à l'opérateur alternatif qui peut intervenir devant la cour d'appel, salsie du recours introduit par l'opérateur puissant (CJCE, 21 février 2008, C-426/05, Rec., 2008, p. I – 685 et Cass. 23 avril 2009, C.06.0296 F/1).

28. *En l'espèce*, chaque opérateur est le destinataire de la Décision et de son Complément et il est directement concerné par l'ensemble de leurs dispositions, y compris celles qui créent des obligations, non pas dans son

chef, mais dans celui des autres opérateurs. Ainsi que la cour l'a déjà constaté dans ses arrêts précités du 27 octobre 2006 et du 4 avril 2008, la Décision et son Complément poursuivent l'objectif de réguler le marché 16, qui est défini comme un ensemble de trois marchés (un par opérateur), et les mesures tarifaires imposées aux trois opérateurs ne peuvent être regardées isolément. Elles 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.

Il s'ensuit que chaque opérateur justifie de l'intérêt requis pour demander l'annulation de ces actes dans leur ensemble, et non pas seulement des dispositions qui le concernent directement.

En effet, 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, chaque opérateur a qualité et justifie d'un intérêt pour former un recours contre la Décision et le Complément, non seulement pour les obligations tarifaires que ces actes lui imposent, mais également pour celles imposées aux autres opérateurs, puisque les trois opérateurs entretiennent des relations contractuelles synallagmatiques dans lesquelles les remèdes imposés interfèrent nécessairement sur les droits et obligations réciproques que Belgacom Mobile, Mobistar et Base peuvent invoquer entre eux, en particulier pour les tarifs de terminaison. Ce constat vaut également pour les autres aspects de la Décision, à savoir la définition de chaque marché, la désignation de chaque opérateur comme SMP sur son propre marché et les autres remèdes imposés. Il en est de même du Complément.

29. Selon l'article 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 », le Code judiciaire est d'application pour l'ensemble des aspects ayant trait à la

procédure devant la cour d'appel. Par l'effet de ce renvoi, il est admis que le recours en annulation contre une Décision de l'IBPT requiert le dépôt d'une requête, selon les formes de l'appel.

Par l'effet de ce renvoi, il y a lieu de considérer que l'opérateur qui intervient volontairement pour soutenir la demande en annulation d'un autre opérateur peut, comme tout intervenant volontaire, soutenir les moyens d'annulation du requérant, alors même qu'il ne les aurait pas soulevés lui-même dans le recours en annulation qu'il a dirigé contre la décision et alors que par hypothèse, le délai de 60 jours visé par l'article 2 de la loi précitée du 17 janvier 2003 est expiré, puisque tel est l'objet de l'intervention volontaire.

Par contre, il ne peut invoquer d'autres moyens d'annulation que ceux du requérant, car il serait par hypothèse hors délai et parce que les décisions de l'IBPT sont attaquées par le dépôt d'une requête en annulation au greffe de la cour. Pour ces mêmes motifs, il n'est pas recevable, en qualité d'intervenant volontaire, à former une demande distincte de celle du requérant ou à étendre la demande originaire du requérant.

Pour ces motifs, et bien que les interventions volontaires soient recevables ainsi qu'en a décidé la cour dans son arrêt de suspension du 27 octobre 2006, certains des moyens et certaines des demandes articulés par les intervenants volontaires ne le sont pas.

30. Cependant, comme il vient d'être dit, *en l'espèce*, la Décision forme un tout indissociable qui crée une imbrication des droits et obligations des trois opérateurs concernés. Compte tenu de cette imbrication et afin d'éviter de graves distorsions de la concurrence, l'accueil par la cour d'un moyen d'annulation invoqué par l'un des requérants devrait nécessairement emporter l'annulation des dispositions analogues qui concernent les autres opérateurs. Ainsi, l'annulation des obligations tarifaires imposées à l'un des trois opérateurs emporterait nécessairement celle des obligations tarifaires imposées aux deux autres.

## V.2. MOYENS TIRES DE LA VIOLATION DES DROITS DE LA DEFENSE

31. Les opérateurs se sont plaints d'un accès insuffisant au dossier de l'IBPT et d'une violation de leur droit à être entendus. Base demande la communication de pièces qui concernent les remèdes tarifaires imposés, en particulier le modèle de coûts. Belgacom Mobile évoque le droit d'être entendue et se référant à l'inventaire du dossier de l'IBPT, relève qu'il n'a pas eu accès à l'ensemble du dossier. Les opérateurs ont néanmoins estimé que la cour pouvait statuer sur leurs autres griefs, tout en réservant à statuer sur ces moyens.

32. Il convient, en effet, de rappeler que la violation du droit d'être entendu, pour peu qu'en l'espèce, elle puisse être imputée à l'IBPT, *quod non*, ne serait pas susceptible d'entraîner l'annulation de la Décision et de son Complément. En effet, la cour de céans a d'ores et déjà jugé que la violation éventuelle du droit d'être entendu, par le Conseil de l'IBPT, n'est pas susceptible de provoquer l'annulation d'une décision de l'IBPT qui peut être soumise à la censure de la cour, dans le cadre d'une procédure qui permet à la partie lésée de faire valoir tous ses moyens, en fait et en droit et à la cour d'exercer un contrôle de pleine juridiction.

Quant à l'absence de communication de pièces par l'IBPT, la cour a déjà décidé que l'IBPT a le devoir de ne pas divulguer des informations par nature secrètes ou identifiées comme telles au moment de leur communication, sans qu'il soit nécessaire que la partie qui fournit ce type d'informations motive sa demande de traitement confidentiel, et ce « *sauf dans les cas où l'IBPT peut se prévaloir d'un motif légal de dérogation au principe de la protection des affaires* » et que ce devoir s'impose « *quand bien même l'Institut pourrait estimer que cette communication rendrait plus efficace l'exercice de la possibilité qui leur est donnée de faire valoir leur point de vue sur les conditions de l'offre* » (Arrêt du 12 mai 2006, 2004/AR/174, p. 15).

En tout état de cause, il résulte en l'espèce de l'examen des pièces déposées par l'IBPT que l'analyse des documents réputés confidentiels dont Base réclame la communication n'est pas nécessaire pour conclure aux illégalités relevées par la cour.

### **V.3. MOYENS TIRES DE LA VIOLATION DU PRINCIPE D'IMPARTIALITE**

33. Base et Mobistar reprochent à l'IBPT d'avoir choisi *Analysis* comme consultant économique, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres qu'il a lancée le 24 août 2004, à laquelle quatre entreprises avaient soumissionné. Ils reprochent également à l'IBPT d'avoir lui-même manqué d'impartialité et cherché à établir un modèle de coûts destiné à justifier l'objectif pré-déterminé d'établir la symétrie tarifaire entre les opérateurs.

34. La mission de *Analysis* a consisté à prêter à l'IBPT « *une assistance en matière d'obligations d'orientation sur les coûts et de séparation comptable des opérateurs PSM ainsi que d'obligation de fourniture de service universel* » et, dans ce cadre, à élaborer un modèle générique pour les tarifs de terminaison des opérateurs mobiles (lot n<sup>o</sup> 2, mission 6).

Or, en 2002, *Analysis* rédigeait, pour le compte de Belgacom Mobile, une étude dénommée « *Livre Blanc de Belgacom Mobile – L'état de la question pour la réciprocité dans les charges d'interconnexion pour les opérateurs SMP* ». *Analysis* y défendait la thèse selon laquelle la réciprocité des tarifs de terminaison, c'est-à-dire le fait pour chaque opérateur d'appliquer vis-à-vis des autres le même tarif de terminaison, est appropriée dans le cadre d'un marché pleinement concurrentiel, moyennant quelques exceptions fondées sur des facteurs extérieurs. Cette étude a été soumise par Belgacom Mobile à l'IBPT lors de la procédure désignant Mobistar comme opérateur puissant.

35. Selon l'article 3, paragraphe 3 de la Directive « cadre », les Etats membres « *veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent*

*leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente* ». En droit national, l'article 16, alinéa 4 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges dispose que le Conseil de l'IBPT peut faire appel à une expertise extérieure dans le cadre de l'accomplissement des missions de l'Institut. Ces experts doivent être indépendants de toute personne physique ou morale soumise au contrôle de l'Institut.

Il résulte de ces dispositions que l'IBPT doit respecter les principes d'objectivité et d'impartialité à l'égard des personnes physiques et morales soumises à son contrôle et veiller à ce que les experts dont il s'entoure offrent la garantie de leur indépendance et de leur impartialité à l'égard de ces personnes.

36. Compte tenu de son intervention antérieure aux côtés de Belgacom Mobile et des thèses qu'il a défendues pour le compte de Belgacom Mobile dans une problématique identique à celle confiée par l'IBPT, Analysis ne présentait apparemment pas toutes les garanties d'impartialité et d'indépendance à l'égard de Belgacom Mobile.

Cependant, Belgacom Mobile fait observer, sans être contredit, qu'en d'autres occasions, tant Mobistar que Base ont eu recours à l'expertise d'Analysis. Par ailleurs, dans son arrêt du 16 juin 2006, la cour a déjà dit pour droit que l'IBPT n'était pas lié par les avis et recommandations d'Analysis et que tous les reproches susceptibles d'être adressés aux opérations préliminaires demeuraient hypothétiques aussi longtemps que l'IBPT n'aurait pas pris une décision qui serait préjudiciable à Base et à Mobistar. La cour ajoutait que, même dans ce cas, *« aucun reproche, fondé sur le manque d'impartialité d'Analysis, ne pourrait être formulé contre l'IBPT s'il devait décider d'opter, en toute indépendance et pour de justes motifs, pour le principe de la réciprocité des tarifs de terminaison »*.

A présent que la Décision de l'IBPT est connue, ni Base ni Mobistar ne

démontrent que les thèses précédemment défendues par Analysis, pour le compte de Belgacom Mobile, en faveur de la symétrie auraient influencé la neutralité du travail accompli par ce consultant. Ils n'établissent pas, non plus, que l'intervention de Analysis aurait nui à la liberté de jugement et à l'impartialité de l'IBPT. On doit ainsi constater que Analysis a activement participé à l'élaboration d'un modèle de coûts dont les résultats permettent le maintien d'une asymétrie tarifaire, pour une période qui pourrait être relativement longue (*cf. infra*), au bénéfice de Base, et de Mobistar.

Il ressort également de la Décision, non contredite quant à ce, que l'Institut a agi avec beaucoup de transparence envers les opérateurs, pendant l'élaboration de son modèle et l'analyse du marché, par la tenue de multiples réunions, des consultations avec synthèse des réponses, des communications écrites aux opérateurs de projets de modèles de coûts, etc...

Le grief n'est pas fondé.

#### **V.4. MOYENS RELATIVES AUX PROCEDURES DE CONSULTATION PREALABLE**

37. Conformément à l'article 140 de la loi précitée du 13 juin 2005 et à l'arrêté royal du 26 janvier 2006, l'IBPT a organisé une consultation nationale pendant laquelle sept acteurs du marché ont répondu. Le résumé de leurs contributions a été publié sur le site internet de l'IBPT qui indique avoir adapté le texte de son projet, dans les cas où il l'a estimé opportun en tenant compte des observations reçues.

Contrairement à ce que soutient Belgacom Mobile, ni les dispositions légales et réglementaires belges précitées, ni l'article 7, paragraphe 6 de la « directive cadre » dont elles sont la transposition, n'obligeaient l'IBPT, à

l'issue de cette consultation, à justifier **auprès des opérateurs** des raisons pour lesquelles il estimait ne pas devoir modifier son projet de Décision pour tenir compte de leurs remarques, et à leur donner une deuxième occasion de faire valoir leurs points de vue.

38. L'article 55, §5 de la loi du 13 juin 2005 précitée contraint l'IBPT à soumettre à l'*avis contraignant* du **Conseil de la concurrence** les décisions par lesquelles il impose des obligations en matière de contrôle des prix en application de l'article 62, §1<sup>er</sup>, deuxième alinéa de la même loi, tandis que le §4 du même article l'oblige à demander l'*avis non contraignant* du Conseil de la concurrence sur ses décisions qui ont pour objet les définitions et analyses de marchés et l'identification d'un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent. En effet, selon l'article 3, paragraphe 4 de la directive « cadre », l'Etat belge s'est obligé à assurer, notamment, la consultation et la coopération entre l'IBPT et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence.

En l'espèce, le 24 mai 2006, l'IBPT communiquait son *projet* de Décision pour avis au Conseil de la concurrence. Belgacom Mobile considère qu'il aurait dû communiquer sa décision définitive.

Les §§4 et 5 de l'article 55 susdits visent « les décisions » de l'IBPT. Cependant, le §4 précise que le Conseil de la concurrence émet son avis dans les 30 jours calendrier à dater de l'envoi du *projet* de décision et le §5 indique que l'Institut envoie ses *décisions* « au préalable » au Conseil de la concurrence. Dans les deux cas, le Conseil de la concurrence dispose d'un délai de 30 jours calendrier pour rendre son avis et « passé ce délai, le silence du Conseil de la concurrence équivaut à une approbation de la décision susmentionnée ». Il apparaît ainsi que le législateur a utilisé indistinctement les vocables « projet de décision » et « décision ».

Il faut cependant considérer que ce sont les *projets* de décision, et non les décisions, que l'IBPT doit communiquer pour avis au Conseil de la concurrence. Cela résulte du considérant 15 de la directive « cadre », selon

lequel « il importe que les autorités réglementaires nationales consultent toutes les parties intéressées sur les décisions envisagées et tiennent compte de leurs observations avant d'adopter une décision définitive ». En effet, en adressant un projet de décision, le régulateur se donne la possibilité de le modifier, sans conséquences pour les droits des tiers, afin de rencontrer les observations des autres autorités<sup>4</sup>.

39. Conformément à l'article 54, § 5 susvisé de la loi du 13 juin 2005, le Conseil de la concurrence pouvait s'opposer à l'imposition des obligations tarifaires prévues dans le projet qui lui était soumis et en ce cas, l'IBPT aurait été dans l'obligation soit d'y renoncer, soit de les modifier de manière à rencontrer les objections du Conseil de la concurrence. Telle est, en effet, la valeur d'un avis *contraignant* qu'il convient en règle de respecter.

La valeur contraignante de cet avis et l'obligation de consultation ne sont pas incompatibles avec les compétences attribuées à l'IBPT par la loi du 13 juin 2005 précitée pour imposer les remèdes qu'elle prévoit, puisque cette même loi oblige l'IBPT à consulter le Conseil de la concurrence, conformément à la Directive « cadre ».

Au surplus, il ne résulte pas de son avis du 16 juin 2006 que le Conseil de la concurrence s'est opposé aux remèdes tarifaires imposés par la Décision et qu'il en aurait demandé la suppression ou la modification en invitant l'IBPT, comme il eut pu le faire, à lui communiquer un nouveau projet amendé<sup>5</sup>.

Le Conseil de la concurrence s'est interrogé sur ces mesures, par comparaison avec les autres pays européens et il a estimé, au vu du projet de Décision et des informations dont il disposait, que les raisons pour lesquelles l'Institut estimait justifié d'appliquer un modèle de régulation à ce point différent de celui des autres pays européens ne résultaient pas

<sup>4</sup> Dans sa communication du 6 février 2006 sur les analyses de marché, la Commission se félicite que, dans la plupart des cas, les ARN ont consulté l'autorité nationale de la concurrence avant de lui notifier leur projet de décision (p.4).

<sup>5</sup> Voir a contrario, l'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007, 2006/AR/2154, p. 20 dans le cas d'un avis non contraignant.

suffisamment du projet de décision et des pièces dont il disposait. Il a donc invité l'IBPT à compléter la motivation de sa décision, au regard des objectifs du cadre réglementaire et du droit de la concurrence, considérant qu'en l'absence d'une telle motivation « *le modèle proposé par l'IBPT est pour le moment prima facie contraire aux objectifs du droit de la concurrence* » (c'est la cour qui traduit et qui souligne).

L'IBPT a longuement répondu au Conseil de la concurrence. Dans cette réponse, il précise d'emblée l'interprétation qu'il accorde à l'avis du Conseil de la concurrence à savoir que « *le Conseil de la concurrence indique que le document d'analyse de l'IBPT ne motive pas suffisamment l'approche suivie par l'Institut en plaçant la Belgique dans une situation unique en Europe en ce qui concerne les différences tarifaires en matière de tarifs d'interconnexion et constate que, en l'absence de cette motivation, l'approche suivie par l'IBPT serait pour l'instant prima facie contraire aux objectifs du droit de la concurrence* ».

Or, le Conseil de la concurrence n'a jamais démenti cette interprétation. Bien plus, il l'a confirmée dans son avis du 22 juin 2007 sur le projet de Complément lorsqu'il indiquait que « *dans son avis du 15 juin 2006, le Conseil a demandé si l'asymétrie entre les obligations tarifaires des trois opérateurs, et bien évidemment entre Belgacom Mobile et Base, n'était pas trop inhabituelle et il a demandé à obtenir à tout le moins des explications à ce propos* » (point 13 de l'avis traduit par la cour). D'ailleurs, dans cet avis également, le Conseil de la concurrence a demandé à l'IBPT une motivation supplémentaire pour le projet de Complément.

Le Conseil de la concurrence s'est manifestement satisfait des explications de l'IBPT. En effet, s'il les avait estimées inadéquates, il l'aurait nécessairement exprimé dans un nouvel avis motivé. Il ne peut donc être considéré que la formalité de consultation préalable du Conseil de la concurrence n'a pas été respectée.

40. L'obligation formelle de consulter la **Commission européenne** a également été respectée. En effet, conformément à l'article 7 de la directive « cadre », l'IBPT lui a donné connaissance de son projet de décision et cette communication suffit pour rencontrer cette règle de procédure.

En effet, contrairement à ce que soutient Belgacom Mobile, les observations que la Commission européenne formule en vertu de l'article 7, paragraphe 3 de la directive « cadre », en réponse à la notification d'un projet de mesure relevant de l'article 16, paragraphe 4 de cette directive, ne produisent pas d'effets juridiques contraignants pour l'ARN. En effet, le paragraphe 5 dudit article invite uniquement l'ARN à tenir « *le plus grand compte* » des observations formulées par la Commission européenne (et les autres ARN) en précisant que l'ARN peut adopter le projet de mesure final et, le cas échéant, le communiquer à la Commission européenne, alors que le paragraphe 4 du même article permet à la Commission européenne de retarder un projet de mesure et d'en demander le retrait lorsqu'il définit un marché pertinent qui diffère de ceux recensés par la Commission européenne ou se prononce sur la puissance significative d'une entreprise sur un marché.

Le tribunal de première instance CE décide ainsi que l'avis de la Commission européenne n'est pas un acte susceptible de recours au sens de l'article 230 CE et qu'il ne saurait être considéré comme produisant directement des effets sur la situation juridique des entreprises concernées (Affaire Vodafone España/Commission, T-109/06, Ordonnance du TPI du 12 décembre 2007, J.O., C.51 du 23 février 2008, points 160 à 161 et affaire Base, T-295/06, Ordonnance du 22 février 2008 du TPI, , points 121 à 122).

#### **V.5. COMPÉTENCE DISCRETIONNAIRE ET CONTRÔLE JURIDICTIONNEL**

41. Pour la définition du marché litigieux, l'analyse des conditions de la concurrence qui y prévalaient et l'imposition des remèdes critiqués, l'IBPT a reçu du législateur et du cadre réglementaire européen une compétence

discrétionnaire d'appréciation relativement large. Il doit néanmoins fonder sa décision sur des motifs de droit et de fait adéquats.

Lorsque, par l'effet de la loi *sensu lato* (c'est-à-dire par l'effet d'une disposition communautaire d'effet direct, d'une loi interne ou d'un acte réglementaire interne) l'IBPT dispose d'une compétence discrétionnaire, le principe de la séparation des pouvoirs, entre les autorités administratives et le pouvoir judiciaire, interdit à la cour de substituer son appréciation à celle de l'IBPT pour des raisons d'opportunité. Sur les appréciations discrétionnaires de l'IBPT, le contrôle de la cour doit se limiter à vérifier si, au vu des éléments dont il avait connaissance lors de l'adoption de la décision et compte tenu des règles applicables, l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation.

## **V.6. MOYENS RELATIFS A LA DEFINITION DES MARCHES**

### **1. Principes directeurs**

41. L'article 54 de la loi précitée du 13 juin 2005 dispose que l'IBPT détermine les marchés pertinents pour les réseaux et les services de communications électroniques, « *conformément aux particularités du marché national* ». Le marché pertinent de produits ou de services comprend tous les produits ou les services qui sont suffisamment interchangeables ou substituables l'un à l'autre.

42. L'interchangeabilité ou la substituabilité entre des produits ou des services se vérifie en fonction de critères objectifs, des conditions de concurrence et/ou de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en question.

43. La substituabilité du côté de la demande est privilégiée. En effet, d'un point de vue économique, la substitution du côté de la demande est le facteur

de discipline le plus immédiat et le plus efficace, vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix. Il s'agit donc de déterminer les autres sources réelles d'approvisionnement en produits ou en services auxquelles les clients de l'entreprise en cause peuvent recourir en cas d'augmentation légère mais durable du prix du produit ou du service considéré, dans le territoire concerné.

Pour définir la substituabilité du côté de la demande, l'ARN prendra en considération notamment (i) les caractéristiques techniques du produit ou du service en cause pour les comparer avec celles des autres produits ou services envisagés, (ii) l'usage réservé au produit ou au service par l'utilisateur pour le comparer avec celui de ces autres produits ou services- soit qu'ils ont des caractéristiques différentes mais qu'ils répondent à la même utilisation, soit qu'ils présentent des caractéristiques similaires mais ne reçoivent pas le même usage -, et (iii) son prix, car un écart de prix durable et substantiel avec d'autres produits ou services indique que ceux-ci n'appartiennent pas au même marché.

Lorsqu'il apparaît que ces critères ne conduisent pas à des constats suffisamment fiables, les Lignes directrices recommandent à l'ARN d'appliquer le test du monopoleur hypothétique. Il s'agit considérer le marché comme un service ou un ensemble de services, sur lequel une entreprise hypothétique, qui est présumée être l'unique fournisseur du service ou du groupe de services, cherche à maximiser ses profits, alors qu'elle est exempte de toute réglementation en matière de prix, et à vérifier si elle pourrait accroître ses profits en imposant une augmentation faible mais significative et durable du prix de son service, de l'ordre de 5% à 10%.

Le régulateur doit donc formuler des hypothèses et procéder à des anticipations en s'aidant de toutes informations utiles dont il dispose et qu'il peut recueillir. Il ne doit pas démontrer, dans le cadre d'une analyse *ex ante*,

que deux services ne sont certainement pas substituables ou qu'ils le sont certainement.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, le régulateur doit pouvoir raisonnablement estimer s'il y a ou non une substituabilité suffisante. L'opérateur qui conteste les conclusions du régulateur doit, pour sa part, démontrer qu'elles reposent sur une erreur d'appréciation manifeste, compte tenu des limites du contrôle juridictionnel rappelé ci-dessus.

Les produits ou les services qui, selon l'appréciation du régulateur, ne présentent entre eux qu'un degré faible ou relatif d'interchangeabilité ne font donc pas partie du même marché (point 44 des Lignes directrices). C'est ainsi que la Commission européenne a constaté que, du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobile et les services de téléphonie fixe constituent des marchés séparés en raison d'une faible substituabilité (point 66 des Lignes directrices). De nombreuses autorités nationales de régulation et de la concurrence l'ont également constaté de même que la cour dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007. En effet, les fonctionnalités, les caractéristiques et la qualité de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile sont différentes et la motivation d'achat d'un accès à un réseau mobile est avant tout liée à la mobilité (arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007, 2006/AR/2154, considérant 18).

44. La dimension géographique d'un marché comprend le territoire sur lequel les entreprises offrent les biens ou services en cause, dans des conditions de concurrence similaires ou *suffisamment* homogènes, qui diffèrent, de manière appréciable, des conditions de concurrence présentes dans les zones géographiques voisines. Dans le secteur des communications électroniques, les limites géographiques d'un marché sont généralement fonction de la couverture des réseaux et des obligations légales et réglementaires, outre les fonctionnalités de services, la présence de normes, la tarification, les pratiques commerciales et les critères retenus pour vérifier la substituabilité de la demande et de l'offre.

## **2. Caractérisation du marché de détail**

45. A l'issue d'analyses de substituabilité sur le marché de détail et sur le marché de gros, la Décision considère que le marché de gros pertinent est celui de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels, pour tout le territoire national, qui met en relation les opérateurs de réseau public mobile en Belgique, *les vendeurs*, avec les opérateurs fixes et mobiles, belges et étrangers, *les acheteurs*.

46. La définition de ce marché n'a fait l'objet d'aucune critique de la part de la Commission européenne ou du Conseil de la concurrence. Base, soutenue par Mobistar, élève cependant des contestations qu'il convient d'examiner.

47. Base reproche, à tort, à l'IBPT de n'avoir pas préalablement défini et analysé **le marché de détail** de la téléphonie mobile<sup>6</sup>.

En effet, lorsqu'il s'agit de définir un marché de gros recensé par la Recommandation de 2003, tel le marché 16, l'IBPT n'est pas tenu de définir ni d'analyser le ou les marchés de détail en aval. En revanche, selon la Recommandation, le point de départ de la définition et du recensement d'un marché de gros est la *caractérisation* du marché de détail, sur une durée déterminée, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre.

L'IBPT s'y est conformée, (i) en considérant de manière justifiée que le marché de détail des services d'appels vocaux est lié au marché de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels pour le motif que « *une hausse des tarifs du service de terminaison d'appel par un opérateur serait typiquement répercutée, en totalité ou au moins partiellement, sur les tarifs de détail des services d'appels vocaux terminant sur le réseau de cet opérateur* » et (ii) en vérifiant les hypothèses de

<sup>6</sup> Mobistar se joint à toutes les critiques de Base mais elle n'a formulé aucun de ces moyens dans son propre recours en annulation contre la décision.

substitution qui se présentent sur le marché de détail, entre les services de détail qui utilisent la terminaison d'appel vocal et ceux qui ne l'utilisent pas.

Dans sa Recommandation de 2003, la Commission européenne examine sur le marché de détail de la téléphonie mobile plusieurs possibilités de substitution du côté de la demande, tel que l'appel de réseau fixe à réseau mobile pouvant être remplacé par un appel on-net de réseau mobile à réseau mobile ou encore l'appel d'un réseau mobile à un réseau fixe, pour remplacer un appel mobile off net. Cependant, elle considère que, leur influence réelle est tributaire de circonstances pratiques et qu'il n'y a pas lieu de croire que l'un quelconque des substituts du côté de la demande sur le marché de détail serait suffisant pour influencer le comportement de l'opérateur sur le marché de gros pertinent.

48. L'IBPT a focalisé son analyse de substituabilité sur le marché de détail en se plaçant du côté de la demande, ce qui n'est pas critiquable comme il a été dit ci-dessus. Il s'est placé du côté de l'appelant par préférence à celui de l'appelé, ce qui est justifié compte tenu du mode facturation CPP (calling party pays l'appelant paie) en vigueur dans l'Union européenne. Il a imaginé quels seraient les comportements de l'appelant en cas de répercussion, sur les tarifs de détail, d'une augmentation faible mais significative et durable des prix de la terminaison d'appel vocal mobile et il a pu tirer des conclusions suffisamment fiables et pertinentes qui l'autorisaient à ne pas pousser au-delà son analyse.

Base critique, à tort, ces conclusions. En effet, au regard des principes rappelés ci-dessus, l'Institut a raisonnablement pu décider que, *sur le marché de détail*, au moment de l'analyse de substituabilité du point de vue de la demande (2005-2006) et pour la durée de la Décision (analyse prospective) :

- l'abonné d'un opérateur A ne peut appeler un abonné d'un opérateur B qu'au moyen d'un appel off-net, à moins de posséder une seconde carte SIM, ce qui est « *une solution marginale et en pratique peu adaptée pour pallier*

une augmentation du prix des appels off-net ». En effet, si la possession d'une seconde carte SIM était largement répandue, l'IBPT et les opérateurs auraient nécessairement dû constater une diminution importante du trafic off-net, ce qui n'est pas démontré. Il n'y avait donc pas de substitution entre les appels vocaux mobiles vers mobile off-net et les appels vocaux vers mobile on-net ;

- l'abonné d'un opérateur mobile A n'appelle pas indistinctement un abonné d'un opérateur B sur sa ligne mobile ou sur sa ligne fixe, et ce, même si, comme le soutient Base, beaucoup d'appels se font après 18 heures et même si, au moment de l'adoption de la Décision, beaucoup d'abonnés mobiles ont encore une ligne fixe. En effet, comme le constate la Décision, il faut nécessairement que l'appelé soit à proximité de sa ligne fixe pour être joint et Base ne démontre pas que les appels après 18 heures se réaliseraient principalement de fixe à fixe ni qu'ils constitueraient une part importante des communications. Il n'y a donc pas de substitution entre les appels vocaux mobile vers mobile off-net et les appels vocaux de mobile vers fixe ;

- il n'y a pas de substituabilité entre les appels vocaux mobile vers mobile off-net ou appels vocaux fixe vers mobile et les appels vocaux vers les MVNO (mobile virtual network operator) ou autre opérateur de transit en CS/CPS<sup>7</sup>. En effet, la Décision relève, sans être sérieusement contredite, que si « les full MVNO » sont les seuls acteurs virtuels capables de jouer un rôle sur le marché 16 (i) en Belgique, au moment de l'analyse, ils n'avaient pas atteint un degré de développement suffisant (ii) en tout état de cause, un MVO est obligé d'acheminer l'appel vers le réseau mobile de l'appelé en versant une charge de terminaison s'il ne dispose de son propre réseau, avec cartes SIM et numéros, ce qui est toujours le cas. La cour constate, en outre, que ces technologies ne sont même pas abordées dans le 11<sup>ème</sup> rapport de la Commission « Réglementation et marchés des communications électroniques

<sup>7</sup> Carrier Selection/Carrier Pre-selection : sélection ou présélection du transporteur.

en Europe en 2005 » ;

- il n'y avait pas de substituabilité suffisante du point de vue de la demande entre les appels vers un mobile en mode circuit et les appels vers un mobile en mode IP (internet). En effet, ainsi que l'IBPT le relève, l'abonné fixe ou mobile ne peut substituer un appel vers un mobile en commutation de circuits par un appel vers un mobile en commutation de paquets IP, en mode GPRS ou mode données 3G, que si l'appelé possède un terminal adapté, si l'appelant connaît ce terminal, si l'appelé est connecté et enfin, si la communication présente une qualité suffisante. En outre, dans le 11<sup>ème</sup> rapport précité, la Commission européenne constatait que les services de téléphonie vocale par internet n'avaient pas encore d'effet notable sur le chiffre d'affaires des services classiques de téléphonie vocale fixe, pourtant plus proche d'eux que la téléphonie mobile ;

- enfin, en qui concerne l'absence de substituabilité suffisante entre les appels vocaux et les SMS, la Décision la motive adéquatement par le fait (i) qu'un abonné qui envoie un SMS, d'un poste fixe ou mobile, n'a pas la garantie du délai de livraison du SMS ni de sa réception effective par le destinataire et (ii) que le « SMS ne permet pas d'instaurer un dialogue en temps réel ».

Certes, la Décision indique également que « dans certaines circonstances, le SMS peut être considéré comme un substitut relativement proche de l'appel sur un réseau mobile » mais il n'a pas vérifié ces circonstances dans le contexte national. L'IBPT s'en défend en expliquant (i) que ses conclusions sont partagées par la plus grande majorité des autres régulateurs européens, tel le régulateur français qui a défini un marché séparé pour les SMS, (ii) que le projet de nouvelle recommandation de la Commission sur les marchés pertinents a fait l'objet de longs débats sur cette question et (iii) que la Commission considère qu'il n'y a pas lieu de croire que l'un des quelconques substituts du côté de la demande (SMS compris) serait suffisant pour influencer le comportement de l'acheteur.

Il n'est en tout état de cause pas démontré qu'au moment où l'IBPT définissait le marché, des circonstances nationales particulières auraient dû l'inciter à vérifier s'il n'y avait pas lieu de se démarquer des avis de la Commission et des autres régulateurs. Ainsi, il ressort du 11<sup>ème</sup> rapport relatif à l'année 2005 que « *la téléphonie vocale de détail et de gros demeure la principale source de revenus des opérateurs de services mobiles, bien que les services de données, notamment les SMS, connaissent une croissance substantielle* ».

### 3. Analyse de substituabilité sur le marché 16

49. En ce qui concerne **la substituabilité sur le marché 16 lui-même**, l'exposé des motifs de la Recommandation de 2003 indique que « *il importe ...de prendre en compte les possibilités de substitution du côté de la demande et de l'offre susceptibles d'influer sur les redevances de terminaison ainsi que le comportement des opérateurs de réseaux lors de la fixation des redevances. Il y aurait contrainte si les tentatives d'un opérateur de réseau d'augmenter les redevances de terminaison (ou de résister à la baisse) se soldaient globalement par une baisse de rentabilité* ».

L'IBPT pouvait considérer l'absence de substituabilité :

- entre la terminaison d'appel vocal sur un réseau mobile et la terminaison d'appel vocal sur un autre réseau mobile, y compris le réseau MVNO – puisqu'un opérateur de réseau mobile A, qui voudrait concurrencer un opérateur de réseau mobile B sur le marché des services en gros de terminaison d'appel vocal sur le réseau B, n'aurait d'autre choix que de prendre son contrôle, ce qui dépasse, en effet, largement les conditions d'une substituabilité du côté de l'offre;
  
- et entre la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile et la terminaison

SMS sur réseau mobile, pour le motif admissible que l'opérateur qui achète un service de terminaison d'appel vocal ne peut se satisfaire d'un service de terminaison SMS dont les caractéristiques sont différentes et pas satisfaisantes pour une transmission vocale.

L'IBPT a également raisonnablement considéré qu'il y avait substituabilité :

- entre la terminaison d'appel vocal de réseau fixe à réseau mobile et la terminaison d'appel vocal de réseau mobile à réseau mobile – puisque le service de terminaison acheté en gros à l'opérateur mobile est similaire, que l'acheteur soit un opérateur fixe ou mobile ;
- entre la terminaison d'appel vocal sur un réseau de deuxième génération et la terminaison d'appel vocal sur un réseau de troisième génération – puisque les services de terminaison d'appel vocal sur les réseaux 2G et les services de terminaison d'appel vocal sur les réseaux 3G ne présentent pas de différences dans les caractéristiques qui pourraient justifier la création de deux marchés pertinents, la terminaison d'appel vise un abonné, quel qu'il soit;
- entre la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile par le biais d'une offre d'interconnexion, et la terminaison d'appel vocal par l'accès aux GSM-gateways (qui convertissent les appels fixes vers mobile en appel mobile à mobile en évitant le prix du service en gros d'interconnexion pour la terminaison d'appel vocal fixe vers mobile), puisque cette technique a recours à un service de détail, mobile à mobile on-net.

Il n'est donc pas démontré et il n'apparaît pas que ces analyses, fondées sur des considérations techniques et objectives déterminantes, sont entachées d'erreurs manifestes d'appréciation.

50. C'est également à tort que Base considère que l'approche de l'IBPT ne serait pas **suffisamment prospective**. Ainsi que l'IBPT le fait observer, Base n'explique pas comment un appel mobile d'un réseau pourrait aboutir chez l'abonné d'un autre réseau sans service de terminaison et Base ne contredit

pas le constat selon lequel son service de terminaison est inévitable pour les autres opérateurs sans possibilité de substitution au service de terminaison qu'il fournit.

Pour ce motif, tant la Recommandation de 2003, que celle de 2007, que toutes les autres autorités nationales définissent **un marché pertinent par opérateur**, au vu notamment du principe de paiement de l'appel par l'appelant (ou CCP) et l'on ne voit pas pour quel motif, l'IBPT aurait dû opter pour une solution différente.

51. Base soutient encore qu'en retenant une définition du marché, qui considère que le service de terminaison sur chaque réseau mobile constitue un seul marché, la Décision manquerait de prendre adéquatement en considération l'impact du caractère bilatéral des relations d'interconnexion qui serait, selon Base, incontestable sur la définition du marché. Base souligne les pratiques contractuelles de Belgacom et de Belgacom Mobile qui auraient toujours déterminé les conditions que ces opérateurs acceptent d'appliquer pour les services de terminaison fournis par les autres opérateurs et la puissance de marché qui leur permet d'imposer les conditions des services d'interconnexion de leurs cocontractants. L'argument n'est pas pertinent à ce stade : les pressions concurrentielles justifient, non pas la définition d'un marché unique de la terminaison comportant trois opérateurs dont l'un aurait une puissance significative, mais qu'il soit recherché, dans la suite, si sur son propre marché, Base et/ou Mobistar subissent un contre-pouvoir d'achat tel de la part de Belgacom et de Belgacom Mobile qu'ils ne pourraient être désignés opérateur puissant sur leur propre marché.

## **V.7. EXAMEN DES MOYENS RELATIFS A LA DESIGNATION DES OPERATEURS SMP**

### **1. Principes directeurs**

52. Il résulte des articles 14 et 15 de la directive « cadre », de son considérant (27) et des points 19 et 20 des Lignes directrices que des remèdes ne peuvent être imposés sur un marché qu'en l'absence de concurrence effective. L'article 55, §1<sup>er</sup> de la loi précitée du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques invite l'IBPT à déterminer si les marchés analysés sont concurrentiels.

Cette analyse du caractère effectif de la concurrence doit porter notamment sur les perspectives que le marché offre en termes de concurrence afin de déterminer si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de perdurer, en tenant compte de l'évolution escomptée ou prévisible du marché pendant une durée raisonnable, choisie en fonction des caractéristiques propres au marché considéré et de la date prévue pour le prochain examen du marché pertinent.

Les ARN doivent procéder à une évaluation structurelle prospective du marché pertinent, en se fondant sur les conditions existantes et en exploitant des données statistiques susceptibles de les renseigner sur l'évolution du marché dans un avenir proche.

53. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle doit identifier la ou les entreprise(s) puissante(s) sur ce marché et leur imposer les obligations réglementaires spécifiques appropriées, ou maintenir ou modifier les obligations existantes, conformément à l'article 55, §3 de la loi du 13 juin 2005

Selon cette même disposition, une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. Il s'agit donc de

déterminer notamment si des tiers disposent d'un contre-pouvoir d'achat tel qu'il entrave de manière appréciable le comportement de l'opérateur en cause.

Les points 70 et suivants des Lignes directrices rappellent que le nouveau cadre réglementaire a aligné la définition de la puissance sur le marché sur la définition que donne la C.J.C.E. de la position dominante, conformément à l'article 82 du Traité. Les ARN doivent donc veiller « à ce que leurs décisions soient cohérentes avec la pratique de la Commission ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance en matière de position dominante » et ce, bien qu'elles appuient généralement leur analyse sur des hypothèses et des anticipations et qu'elles procèdent à une évaluation prospective, tandis que les autorités de la concurrence répriment des abus.

L'ARN doit fonder son analyse sur des éléments pertinents, objectifs, reposant sur des données factuelles, susceptibles d'être contrôlées et indiquer, dans la décision, les motifs sur lesquels il la fonde. Il doit indiquer pour quelles raisons objectives, concrètes et vérifiables, il désigne tel opérateur comme celui qui dispose d'une puissance significative sur le marché considéré.

Ainsi que l'indique le point 75 des Lignes directrices, une position dominante est déterminée en fonction d'un certain nombre de critères et, notamment, en fonction des parts de marchés. De l'avis de la Commission européenne et d'après une jurisprudence constante, la présence de parts de marchés supérieures à 50% suffit, sauf circonstances exceptionnelles, à établir l'existence d'une position dominante. Le point 78 suggère néanmoins plusieurs critères au regard desquels les ARN peuvent se référer, et parmi eux, l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs.

Dans le domaine du marché de gros litigieux, la Commission européenne considère que chaque opérateur dispose d'une puissance significative sur

son propre marché parce qu'il y détient 100% des parts de marché et que le client final (appelant et appelé) et les autres opérateurs ne disposent pas d'une puissance d'achat suffisante. Ainsi, les appelés ne sont généralement pas sensibles au prix des redevances dû par l'appelant ; par ailleurs, les opérateurs de réseaux mobiles peuvent établir des discriminations tarifaires parmi les diverses catégories d'utilisateurs, par de tarifs « on-net » et des ristournes à des groupes économiques fermés pour des appels spécifiques, pour éviter des déplacements groupés de clients. Cette opinion est également celle des autres ARN.

## 2. Décision de la cour

54. Base et Mobistar contestent leur désignation, comme opérateur puissant. Ils soutiennent qu'au lieu d'examiner, comme il l'aurait dû, *tous* les critères énumérés au point 78 des Lignes directrices, l'IBPT se serait arrêté au constat artificiel et mécanique d'une part de marché théorique de 100%.

55. La cour constate que Mobistar a déjà été désigné opérateur puissant sur son propre marché par une décision de l'IBPT de janvier 2003, à l'encontre de laquelle il a renoncé à élever toute contestation en retirant le recours en annulation qu'il avait introduit. Mobistar a donc accepté cette première désignation qui est intervenue dans des circonstances comparables à celles qui accompagnent la Décision entreprise, à tout le moins en ce qui concerne le contre-pouvoir d'acheteur de Belgacom Mobile. Il est donc malvenu d'en critiquer la confirmation.

56. Pour le surplus, outre qu'il ne résulte ni de la loi, ni des Lignes directrices que l'IBPT *devait* examiner tous les critères susdits, la Décision constate à raison que chaque opérateur a effectivement un monopole sur le marché de la terminaison d'appel vocal sur son propre réseau mobile, c'est-à-dire 100% de parts de marché, que les barrières à l'entrée sur chaque marché de la terminaison empêchent à tout opérateur tiers d'y entrer et que ni Base ni Mobistar ne se heurte pas à un contre-pouvoir d'achat suffisant de Belgacom

Mobile.

Ainsi, l'IBPT a d'abord constaté que le contre-pouvoir d'achat important de Belgacom Mobile restreint la capacité de Mobistar et Base à augmenter librement leurs prix de terminaison et que Belgacom Mobile impose des conditions tarifaires unilatérales, en exigeant la symétrie et la réciprocité. La décision relève ainsi les vaines tentatives de Base en 2003 pour obtenir de Belgacom Mobile une modification de tarifs de terminaison liés à des plages horaires.<sup>8</sup>

La Décision reconnaît également le contre-pouvoir d'achat important de la société mère Belgacom « *car contrairement à la situation de Proximus, Belgacom sera motivé pour exercer son contre-pouvoir d'achat à l'égard des charges de terminaison qu'il paie à ces deux opérateurs* ». Néanmoins, l'Institut considère que le contre-pouvoir d'acheteur de la part du groupe Belgacom n'est pas de nature à contredire la présomption de dominance de Mobistar sur son propre marché. Selon l'Institut, Mobistar a en effet été en mesure de maintenir ses prix de terminaisons d'appel au-dessous de ses coûts.

En ce qui concerne Base, l'IBPT a également observé qu'entre 2001 et 2005, cet opérateur avait augmenté sensiblement son prix moyen de terminaison ce qui démontre, en effet, que cet opérateur a exercé un réel pouvoir tarifaire.

Il est évidemment possible que la régulation qui pesait sur les prix de Belgacom Mobile ait contribué à limiter son contre-pouvoir d'achat sur Mobistar et de Base mais, contrairement à ce que Belgacom Mobile soutient, l'IBPT pouvait apprécier l'indépendance de ces opérateurs en tenant compte des obligations réglementaires imposées à Belgacom et Belgacom Mobile. En effet, aucune disposition légale ou réglementaire ne le lui interdisait et la

<sup>8</sup> Certes, comme l'indique Belgacom Mobile, c'est au moment où un nouvel entrant sur le marché doit négocier les modalités des contrats de connexion et qu'il doit contracter avec les opérateurs déjà présents sur le marché, que le contre-pouvoir peut s'avérer particulièrement important. Cependant, c'est également le cas lorsque l'une des parties cherche à obtenir une modification des conditions contractuelles et qu'elle s'oppose alors au contre-pouvoir de son cocontractant.

Commission européenne elle-même, dans son 12<sup>ème</sup> rapport d'évaluation, ne fait aucune distinction entre les opérateurs régulés et non régulés. Elle considère ainsi qu'ils sont tous dominants sur leur propre marché. L'IBPT pouvait donc relever que « *Belgacom voit sa marge de manœuvre réduite en raison des contraintes réglementaires résultant de son statut d'opérateur puissant* » et estimer que, grâce à ces contraintes, Base et Mobistar bénéficient d'une interconnexion directe à Belgacom qui réduit le contre-pouvoir de Proximus. Il est indifférent à cet égard que Base n'ait pas pu bénéficier des mêmes conditions tarifaires que Belgacom Mobile et Mobistar lorsqu'ils sont entrés sur le marché de la téléphonie mobile, cette question ayant trait à une violation éventuelle du principe d'égalité et de non discrimination mais non à l'appréciation des moyens d'action effectifs de Base.

Chaque opérateur pouvait donc être désigné comme opérateur puissant sur son propre marché.

## **V.8. MOYENS RELATIFS AUX REMEDES**

### **1. Principes directeurs**

57. Selon l'article 16 de la directive « cadre » et l'article 55, § 3 de la loi du 13 juin 2005 précitée, lorsque l'IBPT conclut que le marché est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées par la directive « service universel » ou par la directive « accès » et par les articles 57 et suivants de la loi du 13 juin 2005, et il supprime les obligations réglementaires sectorielles existantes.

A l'inverse, si le marché n'est pas concurrentiel, il impose à l'opérateur désigné comme puissant les obligations appropriées sélectionnées parmi celles prévues par les directives et la loi du 13 juin 2005. Base doit donc

---

accepter le principe d'une régulation de ses services sur le marché mobile de la terminaison vocale.

58. En l'absence d'une disposition prévoyant une telle obligation, l'IBPT n'était pas tenu d'examiner les conditions de la concurrence sur le marché de détail avant d'imposer des obligations aux opérateurs sur le marché 16 qui est un marché de gros. En revanche, pour apprécier l'adéquation d'un remède, il devait chercher à rencontrer le mieux possible les objectifs du cadre réglementaire et la déficience constatée.

59. Le cadre réglementaire n'imposait pas, non plus, à l'IBPT de vérifier si les problèmes de concurrence sur les trois marchés identifiés de la terminaison pourraient se satisfaire des contrôles *ex post* par les autorités et les instances nationales chargées de la protection de la concurrence. En effet, le marché 16 a été recensé par la Recommandation de 2003 comme un marché susceptible de faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

60. Conformément à l'article 8 de la directive « accès » et aux articles 5 et 55, § 3 de la loi du 13 juin 2005, le régulateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les remèdes qu'il imposera à l'entreprise SMP sur un marché non concurrentiel.

61. Ainsi qu'il a été dit sous le titre V.4., les avis de la Commission européenne relatif aux obligations qu'une ARN veut imposer à une entreprise SMP n'ont pas de caractère contraignant pour l'ARN. La cour ajoute que, si par l'effet de l'article 7, §2 de la directive « cadre », lu avec l'article 8, §3 de la même directive, les ARN ont l'obligation de contribuer au développement du marché intérieur en coopérant entre elles et avec la Commission européenne de manière transparente, « afin de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes et à l'application cohérente » de la directive « cadre » et des directives particulières qui l'accompagnent, cette obligation doit être interprétée de manière à la rendre compatible avec l'article 7, § 5 de

la même directive. L'on ne saurait dès lors y voir l'obligation de se conformer à l'avis de la Commission européenne ou à la pratique des autres ARN ou enfin aux recommandations de GRE.

L'IBPT doit donc apprécier, sous sa seule responsabilité, les remèdes qu'il décide d'imposer dans le cadre de ses compétences territoriales et il ne doit s'aligner sur une position commune des ARN - si elle existe - ou sur une « jurisprudence d'avis » suffisamment claire, précise et stable de la Commission européenne - si elle existe - que dans la mesure et pour autant qu'il puisse raisonnablement considérer, au terme d'une analyse sérieuse menée *in concreto*, qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter au vu des circonstances nationales qu'il est le plus apte à apprécier<sup>9</sup>.

62. Il est exact que ce pouvoir d'appréciation n'est pas illimité. Il doit s'exercer dans le respect du cadre réglementaire et de la loi du 13 juin 2005. Au vu des moyens soulevés par les opérateurs dans le présente litige, il convient de rappeler que les obligations imposées à l'entreprise SMP doivent être choisies parmi celles que loi du 13 juin 2005 énoncent, qu'elles doivent être appropriées au regard de la nature du problème constaté (article 8, § 4 de la directive « accès » et 55, § 3 de la loi précitée), et donner une réponse proportionnée à ce problème (*ibid*).

Elles doivent répondre aux objectifs énoncés à l'article 8 de la Directive Cadre et aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005, c'est-à-dire (i) la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources associées, notamment en veillant à ce que la concurrence ne soit ni faussée ni entravée dans le secteur et en encourageant des

<sup>9</sup> Ainsi, la disposition insérée dans la Décision par laquelle l'IBPT s'engageait à adopter une décision « complémentaire » destinée à modifier les obligations tarifaires fixées par sa Décision, « en vue de tenir le plus grand compte des commentaires de la Commission européenne » et pour atteindre les objectifs « imposés » par elle, à savoir la symétrie entre les charges MTR ou éventuellement, pour Base, un plus petit degré d'asymétrie, est entachée d'une erreur de droit et aucun effet ne saurait lui être reconnu.

investissements efficaces en matière d'infrastructures et en soutenant l'innovation, (ii) le développement d'un marché intérieur des réseaux et services de communications électroniques, notamment en veillant à ce qu'il n'y ait pas, dans des circonstances analogues, de discrimination dans le traitement des entreprises qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques et en coopérant avec la Commission européenne et les autres ARN (voir ci-dessus) et (iii) la poursuite des intérêts des utilisateurs.

Le régulateur doit rechercher, au cas par cas, les remèdes appropriés pour rencontrer de la façon la plus adéquate tous ces objectifs qu'il doit tenter de concilier entre eux. Cette appréciation faite *in concreto*, est susceptible de varier dans le temps.

63. Lors de l'adoption de la Décision, l'Institut devait donc apprécier l'adéquation des remèdes au regard des risques qu'il constatait et des objectifs qu'il devait poursuivre en tentant de les concilier, dans les circonstances qui se présentaient au moment de l'adoption de sa Décision.

Son pouvoir d'appréciation n'était donc pas lié par des avis ou opinions qu'il avait lui-même précédemment émises. Ainsi par exemple, l'IBPT n'était-il pas lié par son avis du 25 juillet 2001, dans lequel il recommandait au Ministre compétent (i) de réguler les tarifs de Belgacom Mobile par référence aux tarifs d'interconnexion observés dans les autres pays de l'Union et (ii) d'adopter à l'avenir des obligations réciproques pour les deux autres opérateurs. En effet, cet avis fut émis (i) avant l'analyse du marché 16, l'entrée en vigueur du nouveau cadre réglementaire et la Recommandation de la Commission de 2003 sur les marchés pertinents (ii) alors que ni Mobistar ni Base n'avaient été désignées opérateurs SMP sur ce marché et (iii) dans des conditions concurrentielles différentes.

64. Les mesures doivent être motivées dans la Décision et à défaut, l'IBPT doit justifier sa décision devant la cour (cf. arrêt de la cour d'appel de

Bruxelles du 12 mai 2006, 2004/AR/174, p. 25). En revanche, les explications des parties ne peuvent contribuer à motiver une décision de l'IBPT qui ne serait pas suffisamment et adéquatement motivée par l'IBPT lui-même.

65. Les obligations imposées aux opérateurs doivent être énoncées avec précision, afin de permettre à l'entreprise notifiée de connaître la portée de ses obligations, aux tiers de mesurer l'étendue de leurs droits et à la cour, d'exercer son contrôle juridictionnel.

Néanmoins, pour promouvoir l'efficacité de la réglementation et éviter des risques d'atteinte à la concurrence dans le secteur, la Commission invite instamment les ARN « à effectuer et à notifier en une seule fois toutes les étapes des analyses de marchés : définition des marchés, analyse des marchés et obligations réglementaires prévues » et elle recommande que, d'une manière générale, les remèdes soient définis de manière suffisamment claire et détaillée par préférence à des mesures génériques, suivies de précisions (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire, (2<sup>ème</sup> rapport), p. 13, SEC(2007) 962).

Cependant, moyennant le respect de ces principes, la méthodologie qui consiste à adopter une décision « cadre », qui identifie et décrit des obligations dans leurs principes mais dont des détails ou des modalités d'application devront être complétés à l'avenir, selon les circonstances, n'est pas, en règle, incompatible avec le cadre réglementaire.

Cette pratique ne compromet pas l'exercice d'un recours effectif qui demeure ouvert contre ces décisions complémentaires qui doivent, par ailleurs, se conformer aux procédures de concertation éventuellement applicables (voy. en ce sens les arrêts de la cour des 1<sup>er</sup> juin 2007, 2006/AR/2154, p. 26 et 7 mai 2009, 29008/AR/787, p. 70). Le degré de précision avec lequel la décision doit décrire les obligations imposées varie nécessairement en fonction de celles-ci et des circonstances. Il conviendra, en l'espèce, d'examiner au regard de chaque remède si l'obligation imposée est

suffisamment précise.

66. Conformément à l'article 8 (3) de la directive « cadre » et aux articles 10 et 11 de la Constitution, l'IBPT doit respecter les principes d'égalité et de non discrimination. Sauf justification adéquate, il doit appliquer le même remède aux opérateurs concernés si aucune différence objective entre eux n'est apte à justifier adéquatement un traitement différent au regard du ou des objectifs poursuivis et à l'inverse, il doit leur appliquer des remèdes différents si des différences objectives le justifient adéquatement pour atteindre le ou les buts recherchés.

## **2. Discussion à propos des obligations tarifaires**

### **a. Description des mesures**

67. En 2005, au moment où l'IBPT prépare son projet de décision, les tarifs de terminaison s'établissent à 12,66 €cents pour Belgacom Mobile, 15,98 €cents pour Mobistar et 19,60 €cents pour Base. Malgré l'obligation d'orientation en fonction des coûts et les plafonds tarifaires déjà imposés aux deux premiers opérateurs, leurs tarifs figurent encore parmi les plus élevés de l'Union européenne !

Par ailleurs, l'intégration des données de chaque opérateur dans le modèle de coûts mis au point par l'IBPT et Analysis (*cf. infra*) a fait apparaître que ces tarifs étaient excessifs au regard des coûts réels pour le service de terminaison. Orientés vers les coûts efficaces déterminés par ce modèle, les tarifs de terminaison de Belgacom Mobile devraient être de 6,56 €cents, ceux de Mobistar de 8,21 €cents et ceux de Base, de 10,41 €cents, soit une réduction de 50% pour chaque opérateur.

68. Considérant qu'en l'absence de régulation, chaque opérateur, monopolistique et puissant sur son propre marché pourrait fixer des tarifs de

terminaison anormalement hauts pour la prestation de terminaison d'appel sur son réseau « *de manière à augmenter les coûts de ses concurrents* », l'IBPT décide de maintenir les obligations qui pesaient déjà sur Belgacom Mobile et Mobistar – en relevant qu'elles ont contribué au développement du marché belge de la téléphonie mobile, sans entraver les activités de ces opérateurs qui avaient pu conserver des parts de marché importantes sur les marchés de services de téléphonie mobile de détail – et des les imposer également à Base.

La Décision oblige ainsi les trois opérateurs à orienter leurs tarifs en fonction des coûts d'une prestation efficace (voir ci-après) et impose à leurs charges moyennes de terminaison (MTR) des plafonds qui sont impératifs pour une période limitée de 13 mois et indicatifs pour la suite.

Ces plafonds imposent des réductions progressives. Cependant, à l'issue de la période « obligatoire » expirant le 31 décembre 2007, les charges moyennes de terminaison ne sont toujours pas tenus d'atteindre les résultats de 6,56 €cents, 8, 21 € cents et 10, 41 €cents précités de sorte que les tarifs ne sont toujours pas supposés être orientés vers les coûts.

Initialement, des adaptations devaient intervenir les 1<sup>er</sup> juillet 2006, 1<sup>er</sup> janvier 2007 et 1<sup>er</sup> juillet 2007. Toutefois, à cause des retards encourus dans la procédure d'approbation et de mise en œuvre de la décision, elles sont fixées aux 1<sup>er</sup> novembre 2006 et 1<sup>er</sup> mai 2007, avec des plafonds indicatifs à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008 :

Prix 2005	01/11/06	01/05/07	01/01/08	01/07/08
12,66	10,13	8,09	7,48	6,56
15,98	12,75	10,16	9,38	8,21
19,60	15,81	12,76	11,82	10,41

69. Par l'effet de trois communications des 19 octobre 2006, 24 novembre

2006<sup>10</sup> et du 17 janvier 2007<sup>11</sup>, à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2006, l'IBPT instaure une charge Set up unique pour les trois opérateurs et des plafonds tarifaires variables selon des plages horaires communes aux trois opérateurs :

	HEURES PLEINES		HEURES CREUSES HORS WEEK		HEURES CREUSES WEEK END	
	SET UP	DURATION	SET UP	DURATION	SET UP	DURATION
PROXIMUS	5,00	8,00	5,00	8,00	5,00	8,00
MOBISTAR	5,00	11,97	5,00	8,67	5,00	8,67
BASE	5,00	11,70	5,00	11,70	5,00	19,33

Ensuite, le 18 décembre 2007, le Complément intervient pour diminuer encore les plafonds des MTR des trois opérateurs. Toutefois, il ne fixe de plafonds obligatoires que pour la période du 1<sup>er</sup> février 2008 au 1<sup>er</sup> juillet 2008, tandis qu'il mentionne des tarifs indicatifs à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2008 (dans l'attente de la position définitive du GRE en matière de régulation symétrique ou asymétrique des charges de terminaison en Europe)<sup>12</sup> :

	À partir du 1/02/2008	<i>A partir du 1/7/2008</i>	<i>À partir du 1/1/2009</i>	<i>A partir du 1/7/2009</i>
Proximus	8,02	7,96	7,85	7,73
Mobistar	8,84	7,96	7,85	7,73
Base	10,36	8,75	8,62	8,49

<sup>10</sup> Par laquelle l'IBPT relève que « à la suite d'un examen complémentaire, il est apparu que les données de trafic communiquées par la société Base pour justifier sa nouvelle structure tarifaire étaient incorrectes »

<sup>11</sup> Par laquelle l'IBPT signale une erreur dans la comptabilisation des données de Mobistar

<sup>12</sup> Les tarifs en italiques sont indicatifs

70. Ainsi qu'il a été dit, ce Complément a été retiré et remplacé par un autre qui fait l'objet d'un recours distinct devant la cour.

71. Il ressort du tableau reproduit ci-dessus (au n<sup>o</sup> 68), qu'entre le 1<sup>er</sup> novembre 2006 et le 1<sup>er</sup> janvier 2008, tous les opérateurs doivent, pour se conformer aux plafonds précités, réduire les tarifs de terminaison qu'ils appliquaient en 2005, selon deux paliers fixés aux deux mêmes dates : le 1<sup>er</sup> novembre 2006 et le 1<sup>er</sup> mai 2007.

La réduction tarifaire est plus forte pour Base, qui passe de 19,60 €cents à 12,76 €cents et ensuite pour Mobistar, qui passe de 15,98 €cents à 10,16 €cents. Selon les plafonds indicatifs mentionnés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008, l'objectif serait qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2008, les charges moyennes de terminaison correspondent aux coûts réels efficaces de chacun de ces opérateurs. Il y a donc une réduction tarifaire importante mais avec une application adoucie dans le temps et qui n'atteint pas l'objectif à la fin de la période obligatoire.

Il résulte également de ce tableau que les tarifs de terminaison de Base et de Mobistar peuvent être plus élevés que ceux de Proximus ; la symétrie tarifaire n'est donc pas imposée. Il est vrai que, selon la Décision, l'asymétrie des tarifs de Belgacom Mobile et de Mobistar doit être temporaire et qu'elle est appelée à être réduite entre Base et les deux autres opérateurs: *« suite aux commentaires de la Commission européenne, les adaptations tarifaires indiquées dans le tableau ci-avant pour l'année 2008 seront modifiées par une décision complémentaire de l'Institut en vue d'atteindre la symétrie entre les charges de terminaison de Proximus et Mobistar en 2008 d'une part, et de réaliser une baisse plus forte du niveau des charges de terminaison de Base en 2008 d'autre part »*. Cependant, dans ses conclusions prises devant la cour, l'IBPT indique que l'annonce d'une décision complémentaire ne l'engage pas et qu'il lui appartiendra de suivre l'évolution du marché pour vérifier à quel moment il sera judicieux d'imposer la symétrie tarifaire, compte tenu des économies d'échelle que les opérateurs derniers entrés sur le

marché de la téléphonie mobile auront pu réaliser grâce à l'acquisition de parts de marché supplémentaires sur le marché de détail (conclusions du..., page 121).

**b) Justifications données par l'IBPT**

72. L'IBPT considère que sa méthodologie pour déterminer les coûts efficaces de chaque opérateur, la réduction progressive des MTR et l'asymétrie tarifaire rencontrent les différents objectifs qu'il doit poursuivre et qui ont une valeur égale dans le cadre réglementaire bien qu'étant parfois contradictoires : l'efficacité économique, la concurrence durable sur le marché de détail et les avantages pour le consommateur. Il doit tenter de les réaliser, en tenant compte des spécificités du marché belge (de détail) « encore fortement déséquilibré » compte tenu de la répartition inégale des parts de marchés entre les trois opérateurs, des différences importantes entre leurs économies d'échelle et leurs revenus.

Il indique ainsi, dans la Décision et dans ses conclusions de synthèse du 1<sup>er</sup> octobre 2007 que:

**1° Les tarifs de terminaison excessifs nuisent à l'intérêt du consommateur final. Il faut donc les réduire en les orientant vers les coûts efficaces. En effet :**

- les baisses substantielles des prix de terminaison « sont de nature à procurer à court terme des avantages significatifs pour les consommateurs » (page 35 de la Décision) et les augmentations tarifaires d'un opérateur peuvent entraîner un « transfert de charges vers un autre opérateur, nuisible aux consommateurs » (page 99 de la Décision) ;
- les tarifs excessifs permettent aux opérateurs de disposer d'un espace économique important pour subventionner la commercialisation de services différents au niveau du détail, ce qui encourage l'effet tribu, et cette pratique

doit être considérée comme une **subvention croisée abusive** si son impact s'avère significatif sur le marché de détail. Par ailleurs, seul l'utilisateur final mobile profite des prix très attractifs on-net ;

- le choix de l'utilisateur final est déformé lorsque les prix des services on-net et les prix des services fixes ne reflètent pas la réalité des coûts sous-jacents.
- enfin, une baisse des tarifs de terminaison doit nécessairement se refléter sur les prix de détail, de sorte que l'intérêt du consommateur est que les tarifs de terminaison soient réduits (page 67 de la Décision). Il faut donc orienter les tarifs vers les coûts efficaces, d'autant que les avis et décisions rendus entre 2001 et 2004 ont montré leur efficacité (page 60) ;
- selon le modèle de coûts, la réduction des MTR devrait être de 6,1€ cents pour Belgacom Mobile, 7,7 €cents pour Mobistar et 9,1 €cents pour Base pour que les tarifs soient complètement orientés vers les coûts efficaces de chacun de ces opérateurs, ce qui implique une réduction très importante pour Base en particulier.

**2° l'intérêt du consommateur final et celui de la recherche de la concurrence sur le marché de détail requièrent que les trois opérateurs demeurent sur le marché de détail.**

Selon l'IBPT, dans un marché limité à seulement trois acteurs, une concurrence effective requiert une pluralité d'opérateurs car la pression concurrentielle les contraint à déployer leur réseau de manière efficace et à optimiser leurs coûts de production. Par ailleurs, il faut « *garantir le maintien d'un choix suffisant pour les consommateurs belges en matière de services de téléphonie mobile, qui est l'un des objectifs du cadre réglementaire* » (page 100 de la Décision).

**Or, l'IBPT redoute la disparition de Base s'il devait être brutalement contraint de diminuer ses tarifs pour respecter le MTR de 10,41 €cents**

précité et il est d'avis que « *même si la situation de la société Base s'est significativement améliorée depuis environ une année après une période de stagnation, au cours de laquelle la situation financière de cette société s'est avérée très difficile, la position de cet opérateur sur le marché reste encore fragile quand on considère surtout la répartition des revenus entre les opérateurs mobiles belges (Base n'avait encore que 13,4% des revenus en 2005)* » (Annexe A, page B, 37). Et encore : « *Base a connu un développement difficile qui a compromis durant plusieurs années sa viabilité financière et qui se traduit encore actuellement par une structure de financement très spécifique (à savoir une quote-part très élevée des revenus whole sale de l'interconnexion) d'une part et par une part de marché encore assez faible après sept années d'activités (seulement 13,4% des revenus en 2005 pour 18,4% des clients fin 2005), d'autre part (page 100 de la Décision). De même, l'IBPT indique que « sachant qu'à l'heure actuelle, un tiers des revenus de Base provient de ses revenus d'interconnexion, les différents scénarios réalisés par l'IBPT ont montré qu'une baisse importante et immédiate de ses revenus d'interconnexion pouvait être fatale pour elle ou, en tout cas, très lourde à supporter (page 25 de ses conclusions précitées). Les faiblesses de cet opérateur justifient donc un régime « transitoire pour lui permettre de s'adapter » (page 108 des mêmes conclusions).*

Pour éviter le risque de la disparition de Base, qui serait donc contraire à l'intérêt de l'utilisateur final et d'une saine concurrence sur le marché de détail (cf. ci-dessus) plusieurs mesures sont adoptées :

**- il faut établir un modèle de coût qui soit fondé sur les coûts réels de chaque opérateur, et non pas sur les coûts réels de l'opérateur historique ou sur les coûts d'un opérateur théorique.** On peut ainsi prendre en considération les conditions particulières des différents opérateurs et notamment le fait pour le dernier entrant de pouvoir réaliser des effets d'économies d'échelle moins importants que les opérateurs établis de longue date ou encore les difficultés rencontrées par Base dans le passé (page 104 de la Décision) ;

- Il faut Imposer à Base une diminution progressive de ses charges de terminaison, d'autant que Base n'a pas été soumise dans le passé à l'obligation d'orientation en fonction de ses coûts (page 104 de la Décision) et que *« ceci respecte également le principe de proportionnalité des remèdes »* (page 25 des conclusions précitées de l'IBPT) mais il faut qu'à terme, les charges de terminaison d'appels des opérateurs convergent vers les coûts d'une prestation efficace (ibid.).

### **3° Le développement durable du marché belge de la téléphonie mobile justifie le glissement path pour Proximus et Mobistar également**

Selon la Décision, l'application progressive de l'obligation d'orientation se justifie, non seulement pour Base, mais également pour Mobistar et de Proximus *« 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 (page 91 de la Décision). Il s'agit donc de sauvegarder l'évolution vers des tarifs en fonction des coûts (page 97 de la Décision) tout en évitant une baisse immédiate de 6,1 €cents pour Proximus et de 7,17 €cents pour Mobistar « ce qui provoquerait des troubles sérieux pour chaque opérateur et un risque pour le développement durable sur le marché belge ».*

73. Le projet de Décision fut fraîchement reçu par le Conseil de la concurrence et la Commission européenne.

Le Conseil de la concurrence prit bonne note de la réduction tarifaire imposée aux trois opérateurs mais il constata, d'une part que les différentiels ne diminuaient pas, se maintenant à 58,69 % entre Base et Belgacom Mobile et 25,15% entre Mobistar et Belgacom Mobile et, d'autre part qu'ils étaient très

importants comparés à ceux des pays voisins, tant en termes absolus qu'en termes relatifs, la différence entre Base et Belgacom Mobile étant la plus importante de l'Union Européenne.

Le Conseil de la concurrence releva ensuite que plusieurs régulateurs souhaitaient mettre fin aux MTR asymétriques, fût-ce à terme (les régulateurs français, italiens et hollandais), tandis que d'autres acceptaient que les tarifs demeurent asymétriques « *ou du moins qu'ils le soient encore à la fin de la période à réguler qui se terminera en 2008* ». Tout en considérant que des différences de tarifs plus importantes « *en Belgique qu'au Royaume-Uni ou en France pourraient certes être justifiées par les particularités du marché belge* », en particulier le fait que Base a dû établir un réseau à couverture nationale et que la part de marché de Base est considérablement plus petite lorsqu'elle est exprimée en chiffre d'affaires que lorsqu'elle est exprimée en volume, le Conseil de la concurrence regretta que l'asymétrie soit aussi importante et qu'elle ne diminue pas lors de l'application du modèle utilisé par l'IBPT faisant de la Belgique l'Etat membre où la plus grande asymétrie des tarifs d'interconnexion est d'application en termes absolus et en termes relatifs. Estimant que l'effet positif d'un système dans lequel la clientèle d'un opérateur puissant sur le marché subventionne pour ainsi dire la clientèle d'autres opérateurs dont la structure des coûts est plus rigide « *ne va pas de soi* », le Conseil de la concurrence invita l'IBPT à compléter la motivation de sa Décision pour répondre à cette objection.

L'IBPT le fit par lettre du 5 juillet 2006 dans laquelle il relativisa la pertinence de la comparaison avec les autres membres de l'Union et indiqua (i) que conformément aux positions de la Commission européenne, le benchmarking ne saurait constituer en tant que tel un outil de régulation du marché et (ii) qu'il n'appartenait pas à l'IBPT d'évaluer le bien-fondé des mesures réglementaires mises en œuvre dans les autres Etats membres de l'Union (ce qui est exact puisque les ARN ne sont pas tenues d'adopter des décisions identiques-voir ci-dessus -, et qu'elles ne sont pas nécessairement en mesure de porter des appréciations éclairées sur les décisions de leurs collègues

puisqu'elles ne disposent pas nécessairement d'informations suffisantes).

Dans ses commentaires du 4 août 2006, la Commission européenne a essentiellement critiqué « *le glide path* » en relevant que l'IBPT lui avait déclaré poursuivre l'objectif de la symétrie tarifaire entre les opérateurs et lui avait annoncé l'utilisation d'un autre modèle de coûts, à savoir le « *bottom up* ». Ainsi, dans ses commentaires du 4 août 2006, la Commission européenne indiquait : (i) « *la Commission partage l'objectif de l'IBPT d'éliminer l'asymétrie des tarifs de terminaison dans un délai raisonnable, sur la base des coûts d'un opérateur efficace* » (ii) « *la Commission note que l'IBPT développera un modèle de coût « bottom-up » afin de déterminer les coûts d'un opérateur efficace* », (iii) « *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, considérant que (i) les tarifs de terminaison de chaque opérateur « *doivent être réduits au niveau des coûts d'un opérateur efficace dès que possible* » et (ii) que « *les asymétries ne peuvent pas demeurer trop longtemps* », la Commission européenne « *estime que l'évolution pluriannuelle proposée dans les mesures notifiées ne répond pas à ces objectifs (à savoir qu'il est nécessaire que les tarifs de terminaison soient réduits au niveau des coûts d'un opérateur efficace dès que possible et qu'il est nécessaire de veiller à ce que les asymétries ne demeurent pas trop longtemps) et elle « invite l'IBPT à mettre en œuvre plus vite qu'envisagé actuellement le principe d'efficacité économique prospective et de réduire davantage les tarifs de terminaison mobile que doivent pratiquer Mobistar et Base au cours de la période d'analyse* ».

Confirmant ainsi qu'il était approprié d'imposer l'obligation d'orientation en fonction des coûts efficaces, et parce qu'elle estime d'une manière générale que les asymétries ne doivent pas persister, la Commission européenne a donc considéré qu'il fallait aligner plus rapidement les charges de terminaison des opérateurs et mettre en œuvre le modèle « *bottom up* » annoncé par

l'IBPT.

Il reste que, comme on l'a déjà vu, ces avis n'étaient pas contraignants pour l'IBPT qui devait apprécier les circonstances nationales pour lesquelles manifestement la Commission européenne n'eut aucun égard.

L'IBPT attira donc l'attention de la Commission européenne sur les particularités nationales, par sa lettre du 14 novembre 2007 dans laquelle il exprimait l'opinion que la symétrie tarifaire est « *de nature à renforcer considérablement la puissance financière du groupe de l'opérateur historique Belgacom (...) et affecter très négativement la situation financière des deux autres opérateurs mobiles (Mobistar et encore plus Base)* », alors que « *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 (...)* » (c'est la cour qui souligne).

74. Les parties discutent de l'imposition de remèdes tarifaires, de la portée de l'obligation d'orientation en fonction des coûts, de la méthode utilisée pour déterminer les coûts d'un opérateur efficace, des plafonds tarifaires qui en résultent et de leur asymétrie, de la pertinence de ces obligations au regard des objectifs du cadre réglementaire.

### **c) Principes directeurs**

75. Il résulte de l'article 13 de la Directive « accès » et de l'article 62, §1<sup>er</sup> de la loi du 13 juin 2005 que :

- i. les ARN peuvent imposer des obligations liées au contrôle des prix et l'obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné pourrait, vu l'absence de

concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé ou comprimer les prix, au détriment de l'utilisateur final ;

- ii. elles doivent veiller à ce que les méthodologies de tarification qui seraient rendues obligatoires rencontrent les trois objectifs suivants (i) promouvoir l'efficacité économique, (ii) favoriser une concurrence durable et (iii) optimiser les avantages pour les consommateurs conformément à l'article 8 de la directive « cadre. Les ARN apprécient souverainement si ces objectifs sont rencontrés ;
- iii. d'une manière générale, dans un marché où les règles de la concurrence ne jouent pas normalement, il est nécessaire d'établir les tarifs conformément au principe d'orientation en fonction des coûts et d'imposer cette obligation. En effet, si tel n'est pas le cas, le risque est sérieux que les tarifs, négociés entre les opérateurs, soient excessifs ou incohérents et discriminants, et qu'ainsi ils ne rencontrent aucun des objectifs du cadre réglementaire. La Commission européenne incite donc les ARN à remplacer le plus rapidement possible des tarifs de gros déterminés à un « taux raisonnable » par des charges orientées sur les coûts (case SI/2005/0257 et 0258, voir également SI/2005/0276), et elle préconise d'assortir une obligation d'orientation vers les coûts d'un contrôle *ex ante*, au lieu de se satisfaire de négociations entre les opérateurs avec un contrôle *ex post* (case FI/2006/0403). La Cour de Justice CE recommande également d'établir les tarifs conformément au principe d'orientation en fonction des coûts (arrêt c- 55/06 du 24 avril 2008 affaire ARCOR/RFA ; voir aussi l'arrêt de la cour de céans du 4 avril 2008) ;
- iv. l'article 62 de la loi du 13 juin 2005 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* » ;
- v. le cadre réglementaire et la loi du 13 juin 2005 ne définissent pas la notion d'orientation des prix en fonction des coûts, ni la notion de prestation efficace ; ils laissent donc aux ARN le soin de les préciser au cas par cas, dans les décisions qu'elles adoptent;

- vi. en tout état de cause, la notion communautaire d'orientation en fonction des coûts interdit des tarifs fondés sur des éléments étrangers aux coûts (CJCE, 6/12/1991 C-146/00, point 60 et les conclusions de l'avocat général P. Maduro dans l'affaire C-55/06, point 37 et l'arrêt de la cour d'appel du 23 octobre 2007, 2005/AR/1251, p. 16).
- vii. pour déterminer les coûts efficaces, le régulateur peut se fonder, soit sur les coûts réels de l'opérateur notifié, soit sur les coûts théoriques, soit encore sur les coûts de l'opérateur historique ; le cadre réglementaire ne lui impose aucune de ces options. Cependant, dès lors que l'obligation d'orientation en fonction des coûts tend à lutter contre des prix excessifs, il convient de privilégier les coûts réels de l'opérateur sur toute méthode théorique d'évaluation des coûts « *qui conduirait à des coûts plus élevés* » (arrêt du 4 avril 2008, 2007/AR/3394) ;
- viii. selon l'enseignement de la CJCE dans son arrêt précité du 24 avril 2008, dont la cour a déjà dit qu'il vaut aussi pour la tarification de l'interconnexion, les coûts réels à prendre en considération sont à la fois ceux déjà supportés mais également les coûts prévisionnels pour le développement et la modernisation des infrastructures, fondés le cas échéant sur des estimations ;
- ix. les tarifs doivent être dirigés en fonction des coûts d'une prestation efficace. Il s'agit de stimuler l'efficacité économique des opérateurs afin de permettre le développement d'une concurrence durable sur le marché réglementé et sur le marché de détail en aval. En effet, comme la cour le relevait déjà dans son arrêt précité du 4 avril 2008, il résulte du cadre réglementaire européen que l'objectif de l'imposition d'obligations *ex ante* aux entreprises désignées comme puissantes sur le marché est de garantir qu'elles ne pourront pas utiliser leur puissance de marché pour restreindre ou fausser la concurrence sur le marché pertinent, ni faire jouer cette puissance sur des marchés adjacents. Le régulateur doit préciser et justifier adéquatement ce qu'il entend par prestation efficace ;
- x. selon le considérant 20 et l'article 13 de la directive « accès », le

législateur européen n'a apparemment pas entendu que soit imposée une méthode déterminée pour la fixation des coûts mais il a, au contraire, invité les autorités réglementaires nationales à adapter la méthode de récupération des coûts aux circonstances, en tenant compte de la nécessité de promouvoir l'efficacité et une concurrence durable et d'optimiser les profits pour le consommateur. Les ARN peuvent donc notamment utiliser des méthodes de comptabilisation des coûts, distinctes de celles appliquées par l'entreprise.

**d) décision de la cour sur le bien fondé de l'obligation d'orientation en fonction des coûts efficaces**

76. Il sera préalablement rappelé que, par l'effet de la réglementation antérieure, Belgacom Mobile et Mobistar étaient déjà soumises à cette obligation, que l'IBPT put ainsi maîtriser les tarifs de terminaison de ces opérateurs, que ce remède est également prévu par le cadre réglementaire et que dans ses commentaires, la Commission européenne s'est félicitée de sa mise en œuvre. De même, le Conseil de la concurrence saluait la diminution tarifaire envisagée par l'IBPT, même s'il la considérait insuffisante (voir ci-dessus).

77. L'imposition de l'obligation d'orientation est motivée, selon la Décision, par le fait qu'en l'absence de concurrents sur les trois marchés de la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile, tous les opérateurs puissants pourraient être incités à augmenter leurs prix de terminaison et qu'« Une telle augmentation chez un opérateur pourrait entraîner un transfert de charges vers un autre opérateur, nuisible aux consommateurs » (page 99 de la décision). En d'autres termes, l'IBPT a considéré que (i) les tarifs excessifs des opérateurs sont contraires aux objectifs du cadre réglementaire, (ii) à défaut de régulation, le risque d'une augmentation existait et (iii) l'obligation

d'orientation en fonction des coûts d'un opérateur efficace permet de remédier adéquatement à ce risque.

78. Ces appréciations ne sont pas contestables. En effet, (i) le législateur a précisément prévu la possibilité d'imposer cette obligation dans le but de lutter contre des prix excessifs, de sorte qu'elle est adéquate pour rencontrer cette finalité, (ii) en l'espèce, l'IBPT a pu constater la puissance respective de chaque opérateur sur son propre marché, le contre-pouvoir d'achat insuffisant des autres opérateurs et du client final, l'efficacité de la régulation précédemment imposée à Belgacom Mobile et Mobistar (avec orientation sur les coûts et plafonds MTR) et par opposition, les hausses tarifaires de Base en l'absence de régulation. Enfin, son modèle de coûts a montré que les tarifs de terminaison dépassaient les coûts d'un opérateur efficace au point de justifier des réductions de moitié pour chaque opérateur.

Dans son arrêt du 9 mai 2008 (2005/AR/1028, considérant 39), la cour relevait que l'intervention du régulateur ne se justifie pas pour les conditions tarifaires de fourniture de biens ou de services par l'opérateur déclaré puissant, lorsque l'entrée sur le marché d'opérateurs efficaces et viables et le développement de la concurrence ne dépendent pas de la fourniture desdits biens ou services par l'opérateur déclaré puissant et que celui-ci n'a pas la capacité d'influencer les conditions du marché concerné. En ce cas, une pratique de prix excessifs ne peut entraîner une distorsion de la concurrence. A l'inverse, l'intervention du régulateur se justifie lorsque des conditions tarifaires de fourniture sont susceptibles de fausser les conditions de concurrence à long terme, en modifiant les conditions de substitution entre des services équivalents, par une augmentation du taux de concentration de l'offre au profit de l'opérateur déclaré puissant, dont la part de marché augmente et décourage les nouveaux entrants à accroître leur efficacité et à investir dans des ressources de substitution.

Lorsque, comme en l'espèce, toute possibilité de substitution est absente et que l'opérateur dispose de 100% des parts de son marché de la terminaison

et lorsque des prix excessifs sont possibles, voire avérés, il est justifié d'imposer l'obligation d'orientation en fonction des coûts. En effet, ainsi que l'arrêt du 9 mai 2008 précité le relève déjà, « *l'obligation d'appliquer des tarifs orientés vers les coûts ...poursuit un objectif d'intérêt général puisqu'elle a été considérée par le législateur européen comme une condition indispensable pour l'introduction et le développement de la concurrence sur le marché des télécommunications* ».

Ainsi, déjà en en 2004 et 2005, lors de l'élaboration du projet de Décision, la Commission européenne préconisait, dans le domaine de la terminaison mobile vocale, l'obligation d'orientation en fonction des coûts, plutôt que les prix raisonnablement négociés, et elle demandait que cette obligation soit implémentée, à bref délai (voy. avis de la Commission du 7 octobre 2000, case AT/2004/0099 et case SI/2005/0276 du 1er décembre 2005). La Commission européenne ne s'est pas départie de ces opinions (voir par exemple case PL/2006/0379 du 29 mai 2006).

L'obligation pouvait donc, en l'espèce, être imposée aux trois opérateurs et elle est conforme à l'article 62 de la loi du 13 juin 2005. Elle permet d'obtenir une meilleure efficacité économique, laquelle peut être recherchée même si l'IBPT a exprimé l'opinion que « *de manière générale, le modèle générique présume que, suite aux pressions concurrentielles en matière de provision d'équipements de réseaux aux opérateurs d'une part et au niveau de la fourniture de services au détail aux utilisateurs finals d'autre part, les trois opérateurs mobiles belges peuvent être considérés comme étant raisonnablement efficaces, D'ailleurs les comparaisons à haut niveau effectuées entre les données des trois opérateurs en ce qui concerne la topologie de leurs réseaux (quantité d'équipements déployés), les dépenses d'investissements (CAPEX-capital expenses) et le personnel employé n'ont pas permis de mettre en évidence des inefficacités manifestes chez aucune des trois sociétés concernées* » (souligné par la cour). En effet, le modèle de coûts a montré que les tarifs des trois opérateurs de 2005 s'établissaient au-dessus d'une prestation efficace de sorte que le vœu de les contraindre à

plus d'efficacité était pertinent.

79. Base reproche à cette obligation d'orientation de l'obliger à fournir à perte, de lui interdire tout rendement raisonnable de ses investissements et de l'obliger à faire supporter les pertes de son service de terminaison par d'autres services rentables en dépit de l'interdiction des subventions croisées.

Cependant, Base ne démontre pas, qu'à cause de la régulation litigieuse, il sera réellement, à moyen terme, dans l'impossibilité de couvrir ses coûts de terminaison et subira des pertes qui compromettront sa position concurrentielle sur le marché de détail et ses capacités à amortir les investissements consentis dans le passé et à en consentir d'autres.

Par ailleurs, même si ces preuves étaient rapportées, il convient de rappeler que, par la volonté du législateur, un opérateur doit être en mesure, non pas de couvrir tous ses coûts, mais uniquement ceux liés à une prestation efficace. Telle est la lecture qu'il convient de réserver à l'article 62 de la loi du 15 juin 2005 déjà cité. C'est en raison de la rigueur de ce principe que, par son avis de juillet 2001, l'IBPT préférait recourir au *benchmarking* en faveur de Belgacom Mobile (voir ci-dessus) et que dans la Décision entreprise, il aménage, comme il a déjà été dit, une période transitoire – mais imprécise et insatisfaisante (*cf. infra*) de dégressivité tarifaire progressive. Il incombe donc à Base de faire en sorte de mieux rencontrer l'objectif d'une prestation efficace par les mécanismes de gestion interne qu'il lui appartient de déterminer.

80. Pour ces mêmes motifs, la violation du droit de propriété et de la liberté de commerce des opérateurs n'est pas non plus établie.

81. L'obligation d'orientation vers les coûts et la réduction tarifaire qui en résulte pour Base ne sont pas, non plus, contraires au principe d'égalité et de non discrimination. En effet, comme on l'a déjà vu, l'IBPT a nécessairement tenu compte des différences objectives entre les opérateurs puisqu'il a pris

leurs frais réels comme point de départ et les a intégrés dans son modèle générique de coûts, de sorte que malgré la suppression des coûts commerciaux pour tous les opérateurs et l'imposition d'un coût du capital (WACC) identique (voir ci-après), il est parvenu à des tarifs différents entre eux. Cette différence tarifaire profite à Base puisqu'elle lui permet d'appliquer des tarifs de terminaison sensiblement, voire très sensiblement, plus élevés que ceux des deux autres opérateurs.

82. Enfin, l'obligation d'orientation en fonction des coûts efficaces et les réductions tarifaires qu'elle entraîne pour les trois opérateurs ne crée pas de droits spéciaux en faveur de Belgacom Mobile. En effet, ainsi qu'il vient d'être dit, le modèle générique et la méthodologie retenus ont permis de tenir compte des coûts réellement exposés par Base pour fournir ce service de terminaison et ils reflètent les effets d'économies d'échelle plus importants de Belgacom Mobile (*cf. infra*).

**e) Décision de la cour sur le modèle générique de coûts et la méthode de calcul LRIC**

83. Afin de déterminer le tarif qui permet à l'opérateur de recouvrer les coûts liés à une prestation efficace, mais également d'en obtenir une rémunération raisonnable pour le développement à long terme et la modernisation de ses infrastructures liées à ce service, l'IBPT a établi un modèle théorique de coûts.

Selon la Décision et son annexe A, le modèle générique de coûts vise à déterminer, dans le cadre d'une approche évolutive, les coûts des prestations efficaces de chacun des trois opérateurs concernés.

Il se fonde d'abord sur les coûts historiques réellement encourus par les trois opérateurs, de sorte qu'il prend en compte les coûts réels qu'ils exposent pour déployer et opérer sur leur réseau GSM. Cette approche dite « top

down » permet de refléter les différences dans les effets d'économie d'échelle entre les trois opérateurs. Le modèle est donc alimenté par un ensemble important de données fournies par les opérateurs eux-mêmes, et dûment auditées, données qui doivent évidemment être traitées de manière strictement confidentielle ; il s'agit de tenir compte des éléments historiques *pertinents* du passé des trois sociétés concernées. Par ailleurs, cette approche utilise des données plus aisément vérifiables et réconciliables avec les comptes des opérateurs en cause et elle aurait permis en l'espèce de profiter de l'expérience déjà accumulée par Belgacom Mobile et Mobistar en maintenant la cohérence avec le passé, puisque ces opérateurs utilisaient également une approche « top down » qui fut retenue pour la régulation de leurs charges MTR.

Le modèle cherche ensuite à projeter l'évolution prospective « *forward looking* » de ces coûts dans l'avenir en supposant une amélioration de l'efficacité des opérateurs. A cette fin, l'IBPT a eu recours à des mécanismes qui furent appliqués indistinctement aux trois opérateurs à savoir : l'utilisation de la méthode Long Run Incremental Cost (LRIC)<sup>13</sup>, l'exclusion des coûts de nature commerciale et l'imposition d'une valeur sectorielle unique du WACC pour tenir compte de la rentabilité escomptée des capitaux.

La méthode de coûts LRIC permet de déterminer les coûts moyens incrémentaux à long terme pour un incrément moyen de trafic incluant le trafic vocal, les messages SMS et les données GPRS. Selon la Décision, elle parut la plus appropriée à l'IBPT parce qu'elle est « *reconnue comme la plus pertinente pour simuler les prix qui seraient en vigueur dans un environnement concurrentiel* », car (i) elle constitue la meilleure approximation pratique du concept théorique de coût marginal, considéré comme optimal pour l'efficacité économique et la concurrence dès lors que, dans un marché parfaitement concurrentiel, les prix « *sont en principe fixés au niveau des coûts marginaux encourus* », (ii) associée à un amortissement économique, elle satisfait pleinement l'objectif d'une régulation prospective,

(iii) elle présente l'avantage notable d'éviter de recalculer les coûts chaque année et (iv) elle offre plusieurs avantages additionnels, lesquels ne sont toutefois pas exprimés dans la Décision et son annexe.

Enfin, l'IBPT a complété cet aspect prospectif en fondant son modèle de coûts sur un modèle de marché et un modèle de trafic (qui sont confidentiels). Le premier extrapole le nombre de clients de chaque opérateur dans l'avenir en émettant des suppositions sur l'évaluation de la population, le taux de pénétration de la téléphonie mobile, la migration de la clientèle et en se fondant sur les informations des opérateurs et des benchmark internationaux. L'IBPT considère que lorsque le marché de détail de la téléphonie mobile belge, qui comporte trois opérateurs, se répartira de manière égale entre eux, l'efficacité de chaque opérateur sera atteinte (en particulier celle de Base qui est le seul, au moment de l'analyse à ne pas posséder au moins 33% de parts de marché sur le marché de détail) et selon le modèle de marché, cette répartition pourrait être atteinte en 2017. Le modèle de trafic comprend les données du trafic de chaque opérateur et il anticipe l'évolution du volume du trafic pour chacun d'eux.

Le modèle de coûts est unique pour les trois opérateurs. Il est dit « générique » dans la mesure où sa structure et son fonctionnement ont été harmonisés pour les trois opérateurs mais les données qui sont intégrées pour chaque opérateur diffèrent nécessairement pour refléter leurs coûts réels.

Ce modèle et les choix méthodologiques de l'IBPT font l'objet de nombreuses critiques, essentiellement de la part de Base et dans une moindre mesure, de la part des autres opérateurs. La cour y répond dans les attendus qui suivent.

84. Aucune disposition légale n'obligeait l'IBPT à coopérer avec les opérateurs pour développer ce modèle de coûts. L'IBPT était assisté d'un consultant, tiers à toutes les parties concernées qui a recueilli auprès d'eux

---

<sup>13</sup> Coûts incrémentaux à long terme.

toutes les informations qu'ils ont accepté de communiquer.

85. Par ailleurs, l'IBPT n'était pas tenu de se conformer aux choix méthodologiques des opérateurs ou de l'un d'eux ou encore à leurs propres modèles. Il pouvait fixer sa propre méthodologie afin d'encourager l'efficacité économique des opérateurs.

86. Le choix d'un modèle unique n'était pas non plus prohibé par le cadre réglementaire et il répondait, en l'espèce, au souci de transparence et à la recherche, non critiquable en soi, d'un équilibre qui vaudrait pour les trois opérateurs, entre l'efficacité économique, la concurrence durable et l'intérêt du consommateur.

87. L'IBPT justifie adéquatement son choix de l'approche « top down » fondée sur les coûts réels de chaque opérateur, en indiquant qu'il y avait lieu de tenir compte temporairement – pour la durée de la décision - des effets différents des économies d'échelle des trois opérateurs et ce, parce que Base est arrivé sur le marché après les autres, qu'il n'a pas été régulé précédemment, qu'il a connu des difficultés importantes au cours de ses sept premières années, qu'il était encore fragile et qu'il fallait veiller, dans l'intérêt de l'utilisateur final et de la concurrence, à ce que Base subisse une orientation en fonction des coûts la moins rigoureuse possible (cf le considérant 72 ci-dessus).

La cour observe à ce propos, que l'appréciation de l'IBPT, selon laquelle le maintien de Base sur le marché de détail rencontre les intérêts de l'utilisateur final et l'objectif du développement d'une concurrence durable sur le marché de détail de la mobilophonie n'est pas contestée par les autres opérateurs. Elle estime cependant, ainsi que l'admet d'ailleurs l'IBPT, que cette approche ne saurait être que temporaire. En effet, elle ne peut excéder le temps raisonnable qui doit être accordé à un nouvel entrant pour surmonter les obstacles résultant de son arrivée retardée sur le marché et qui sont indépendants de sa volonté. Cette question sera rencontrée par la cour, *in*

*fine.*

88. La méthode LRIC est reconnue internationalement et paraît considérée comme la meilleure approximation pratique du concept théorique de coût marginal et optimale pour atteindre l'efficacité économique si l'on considère que, dans un marché parfaitement concurrentiel, les prix sont en principe fixés au niveau des coûts marginaux encourus tout en tenant compte d'un rendement raisonnable sur les capitaux investis (cf. ce qui a été dit par la cour ci-dessus à propos de l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts). Au surplus, en l'espèce, cette méthode présente l'avantage notable de ne pas nécessiter de recalculer entièrement les coûts chaque année.

89. Cependant, alors que l'IBPT précise que cette méthode prend en compte les frais généraux des opérateurs liés à l'activité de terminaison et les coûts communs de réseau, Base indique avoir lui-même sous-estimé ses propres frais généraux et qu'en outre, 40% en auraient été exclus par l'IBPT tandis que les frais généraux des deux autres opérateurs auraient été surestimés et totalement pris en compte. Base ajoute que, dans le Complément de Décision Litigieuse, l'IBPT a reconnu avoir dû procéder à « *certaines ajustements et retraitements du modèle générique* », dont une « *harmonisation du niveau des frais généraux pour les trois sociétés* ». Ainsi, les frais généraux de Base auraient été ajustés à la hausse, parce qu'ils paraissaient anormalement bas au regard des frais généraux des concurrents. L'IBPT ne conteste pas cette affirmation qui paraît dès lors, fondée et qui devra être prise en compte par l'IBPT lorsqu'elle tirera les conséquences résultant du présent arrêt.

90. Il n'est pas avéré que l'IBPT aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en excluant de son modèle les coûts commerciaux et les coûts UMTS et en fixant un WACC (coût du capital) unique pour les trois opérateurs. D'une manière générale, la cour observe que ces choix permettaient d'orienter, selon la volonté du législateur, le modèle sur les coûts d'un opérateur efficace et non pas seulement sur les coûts réels. Base,

dans l'intérêt de qui l'IBPT a choisi l'approche « top down » et la prise en compte des coûts réels de chaque opérateur, doit accepter que la méthode interprète certains de ces coûts dans une perspective d'efficacité.

91. Au demeurant, le choix d'exclure les coûts commerciaux trouve une explication adéquate dans la Décision lorsqu'elle indique « *Cette différence d'approche entre les anciens modèles de coûts et le nouveau modèle générique se justifie en grande partie par l'approche de principe retenu par le nouveau cadre réglementaire : en effet, la focalisation est désormais sur la concurrence et la protection des consommateurs, plutôt que sur le développement et le maintien de l'interconnexion (objectif prioritaire du cadre ONP). En particulier, la définition de marchés de gros, et par conséquent d'une vision verticalement désintégréée des services de terminaison, justifie pleinement la non prise en compte des coûts commerciaux dans la base des coûts pertinents...* » (Annexe A, page B 36, voir aussi B 17 et 18). En effet, le marché en cause ne génère pas de tels coûts.

92. Par ailleurs, le WACC est celui qui fut précédemment alloué à Belgacom Mobile par un calcul mathématique dont la pertinence n'est pas contestée et l'IBPT justifie adéquatement les raisons pour lesquelles il l'a étendu aux autres opérateurs, en indiquant qu'il s'agit d'un incitant destiné à obtenir une meilleure efficacité. Il n'est pas démontré que ce mécanisme serait disproportionné au regard de cet objectif.

Pour le surplus, le respect du principe d'égalité et de non discrimination n'obligeait pas l'IBPT à soumettre Base aux mêmes règles que celles qui avaient précédemment été fixées pour les deux autres opérateurs, par des décisions antérieures, adoptées de surcroît sous l'empire de dispositions réglementaires différentes et donc à calculer le WACC de Base en s'y conformant.

93. Enfin, l'exclusion des coûts UMTS se justifiait. Ainsi que la Décision l'exprime, au vu la réalité observée à l'heure de l'analyse sur le marché belge

(2005 à 2008), le GSM était au moment de l'adoption de la décision appelé à demeurer quelques temps encore la seule technologie *efficace* pour fournir les services de téléphonie cellulaire disponibles. Cette analyse est entièrement confirmée par l'évolution de la réglementation en cause.

En effet, l'évolution des systèmes de télécommunications mobiles de la 3<sup>ème</sup> génération s'est avérée beaucoup plus lente que ce qui avait été initialement prévu lors de l'octroi des autorisations. Ainsi, un arrêté ministériel est intervenu le 13 mars 2002 pour prolonger d'un an les délais fixés par l'arrêté royal du 18 janvier 2001 « fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisation pour les système de télécommunications mobiles de 3<sup>ème</sup> génération » pour le déploiement du réseau. Il prévoit ainsi que 30% du réseau national devront être couverts pour le début de l'année 2006, 40% pour l'année 2007 et la moitié pour le début 2008. Par ailleurs, ce n'est que depuis un arrêté royal du 28 mars 2007 que l'autorisation est accordée d'introduire la technologie UMTS dans la bande des 900 MGH pour atteindre les zones rurales.

94. Dans le cadre d'une méthode d'approche LRIC, l'élaboration d'un modèle de coûts sur une durée de 50 ans ne paraît pas non plus injustifiée.

L'IBPT explique dans la Décision que « *Le principe fondamental de ce modèle est d'assurer le recouvrement complet de tous les coûts pertinents encourus sans aucune valeur terminale en fin de période : le modèle stimule ainsi le niveau de coût incrémental dans le contexte d'un réseau GSM qui serait en exploitation perpétuelle* ». L'IBPT précise qu'en pratique, « *les activités des opérateurs auront une valeur terminale appréciable au terme des licences d'exploitation qui ont été octroyées* » et que « *les résultats du modèle générique de coûts ne doivent donc nullement être interprétés comme l'exigence d'une poursuite de l'exploitation des activités GSM jusqu'en 2043 pour assurer le recouvrement des coûts* ». Il s'agit donc de simuler l'évolution du marché mobile à long terme, de sorte que la période de récupération des coûts n'est pas fixée en fonction de la durée réelle probable de l'exploitation des licences GSM mais par référence à un opérateur qui peut échelonner ses coûts sur 50 ans.

Il reste à rechercher si le « glide path », l'asymétrie et les plafonds tarifaires imposés par l'IBPT sont admissibles.

1<sup>o</sup> Durée du glide path

95. Il ressort des avis de la Commission européenne produits par les parties que cette pratique est généralisée au sein de l'Union et admise par la Commission et le Groupe des Régulateurs. En effet, une application progressive de l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts permet d'éviter aux opérateurs des déséquilibres importants et trop brutaux susceptibles de nuire à la concurrence durable, ce qui rencontre les objectifs du cadre réglementaire.

96. En l'espèce, la Décision prévoit une diminution progressive des charges MTR de chaque opérateur, ce qui n'est donc pas critiquable en soi.

Cependant, elle recourt à un mécanisme imprécis. En effet, elle ne fixe de plafonds obligatoires aux charges MTR des opérateurs que du 1<sup>er</sup> novembre 2006 au 31 décembre 2007 (voir le tableau reproduit ci-dessus sous le considérant 68). A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008, elle se contente de mentionner des plafonds indicatifs. Or, au 1<sup>er</sup> janvier 2008, selon les plafonds l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts efficaces n'est toujours pas atteinte de sorte que la Décision laisse incertain le moment à partir duquel cette obligation devra être satisfaite.

Elle laisse également les opérateurs et le marché dans l'incertitude sur les plafonds qui seront imposés aux MTR à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008 pour parvenir à atteindre cet objectif.

La mention dans la Décision, selon laquelle l'IBPT adoptera une décision complémentaire pour 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, 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 la période d'analyse » accroît cette incertitude. En effet, d'une part cette annonce fait perdre toute valeur, même informative ou prévisionnelle, aux plafonds indicatifs précités et, d'autre part elle est incompatible avec le modèle de coûts sur lequel la Décision repose. En effet, selon ce modèle, les charges MTR des opérateurs sont nécessairement asymétriques, même lorsque l'obligation d'orientation en fonction des coûts est satisfaite (6,56 € cents pour Proximus, 8,84 € cents pour Mobistar et 10,41 € cents pour Base).

97. La critique de Belgacom Mobile, selon laquelle les remèdes imposés par la Décision sont imprécis, prend donc ici tout son sens. En énonçant uniquement des plafonds indicatifs à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008 et en annonçant un complément qui paraît irréalisable selon la méthode de coûts retenue pour élaborer la Décision, l'IBPT n'a pas satisfait le principe de sécurité juridique, alors que la Décision en reconnaît l'importance lorsqu'elle justifie la durée de l'analyse par le fait que l'ensemble des acteurs du marché a besoin d'une stabilité des dispositions réglementaires dans le temps (page 5), tout en se réservant de prendre des dispositions intermédiaires « notamment pour ajuster le niveau de tarification de certaines prestations de gros pour mieux tenir compte du développement de la concurrence » (ibid.).

Par ailleurs, l'IBPT n'a pas cherché à rencontrer au mieux l'objectif de l'efficacité voulu par le législateur via l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts. En effet, cet objectif n'est pas adéquatement rencontré lorsque, comme en l'espèce, le régulateur laisse dans l'imprécision le moment auquel les opérateurs devront se conformer à cette obligation. Pour assurer l'effectivité de celle-ci et l'efficacité des opérateurs, fut-ce à terme, il convenait que l'IBPT instaure des plafonds obligatoires, sur une durée

précise et raisonnable et qu'il veille à ce que le glide path atteigne, à son point d'arrivée, les prix d'une prestation efficace à l'issue de réductions progressives mais suffisamment importantes.

Il convient de relever à ce propos 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 au vu des dimensions du marché national et de son taux de croissance. L'IBPT ne justifie donc pas adéquatement que la durée du « glide path » soit déterminé par cette répartition égale du marché et la date hypothétique de 2017.

Il est en d'autant plus ainsi que le sort particulier - qu'il est certes admissible de réserver au dernier entrant pour tenir compte de ses effets d'économies d'échelle plus réduits que ceux des autres opérateurs plus anciens, qui ont une présence plus forte sur le marché de détail - n'est, comme la cour l'a déjà dit, justifiée que temporairement. En effet, (i) l'intérêt de l'utilisateur final est également de bénéficier sur le marché de détail des diminutions des tarifs de terminaison, et (ii) la concurrence sur le marché de détail pâtit de tarifs de terminaison excessifs, ainsi que l'IBPT l'a lui-même considéré pour justifier l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts (cf. ci-avant). Enfin, passé un certain délai, justifié en fonction des conditions de marché, la mesure peut avoir pour effet d'inciter l'opérateur à ne pas rechercher l'efficacité.

Pour ces motifs, la cour rejoint l'avis exprimé par la Commission européenne sur le projet de décision en tant qu'il critique le glide path litigieux.

## 2<sup>o</sup> Asymétrie tarifaire

98. Bien qu'elle soit prônée par la Commission européenne et préconisée par le GRE, la symétrie tarifaire n'est pas un principe de tarification et elle n'est imposée par aucune règle du cadre réglementaire.

99. L'IBPT estime qu'en l'espèce, l'asymétrie satisfait le principe de réciprocité retardée - selon lequel il faut tenir compte du fait que Mobistar est entré près de trois ans après Belgacom Mobile et Base plus de cinq ans après (pages 98 et 104 de la Décision).

Pour Base en particulier, il ajoute que l'asymétrie se justifie également par le développement difficile de Base qui a compromis durant plusieurs années la viabilité financière de cet opérateur avec pour conséquence la quote-part très élevée des revenus wholesale de l'interconnexion dans les revenus de Base et la part de marché encore assez faible de Base dans le marché de détail de la téléphonie mobile, après sept années d'activité (page 100 de la Décision). Ainsi « *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 service de téléphonie mobile, ce qui est l'un des objectifs du cadre réglementaire* » (page 101 de la Décision ; voir également page 104).

Pour Mobistar, l'IBPT invoque dans ses conclusions, outre le principe de réciprocité retardée (voir ci-dessus), les principes d'égalité et de non discrimination et de proportionnalité : « *C'est dans un souci d'égalité et de non discrimination que l'IBPT a choisi de maintenir une asymétrie entre Proximus et Mobistar, sur une période de temps très limitée. Dès lors qu'une asymétrie était maintenue à l'égard de Base, il n'eut pas été équitable d'imposer immédiatement la symétrie à Mobistar. L'action du régulateur est en effet guidée, notamment par l'exigence de proportionnalité des remèdes qui s'applique de la même manière à l'égard de tous les opérateurs (...)* » (page 24 des conclusions précitées de l'IBPT).

Cependant, l'IBPT ajoute que « *Mobistar ne démontre en aucune façon qu'elle se trouve dans une situation tellement différente de son principal*

*concurrent qu'il serait discriminatoire ou disproportionné et donc illégal de lui imposer le même tarifs de terminaison que Belgacom Mobile (...) Les règles d'égalité et de non discrimination ne signifient pas que les caractéristiques propres de chaque opérateur empêcheraient le régulateur de fixer un coût unique basé sur le modèle d'un opérateur efficace » (pages 26, in fine et 27 des conclusions précitées).*

100. La cour ne peut que s'étonner de la justification avancée selon laquelle Mobistar doit bénéficier de l'asymétrie parce que Base en bénéficie. En effet, la Décision n'indique pas comment ni pourquoi Mobistar et Base se trouvaient dans des situations objectivement comparables au moment de l'analyse ; bien plus, l'IBPT indique dans ses conclusions qu'ils ne l'étaient pas ! A cet égard, les moyens invoqués par Mobistar dans ses conclusions pour justifier son assimilation à Base ne sont pas susceptibles de compléter ou corriger les motifs de la Décision.

Cependant, ces motifs paraissent de peu d'importance puisque l'asymétrie et son ampleur résultent du modèle de coûts, qui prend en compte des coûts réels de chaque opérateur et est basé sur un modèle de marché qui permet de tenir compte d'une évolution des parts de marché vers la convergence des trois opérateurs et des effets d'économie d'échelle liés aux parts différentes de marché. Or, le modèle « top down » ainsi que les options méthodologiques de l'IBPT ont été admis par la cour. Dès lors, puisque ce modèle détermine l'asymétrie des charges de terminaison et ses degrés, cette asymétrie et les différentiels entre les charges de terminaison des opérateurs qui résulteront nécessairement du modèle de marché et/ou du glide path que l'IBPT pourrait être amené à redéfinir ne témoignent pas d'une erreur manifeste d'appréciation.

101. Il reste que pour la période qui suit celle pour laquelle la Décision fixe des plafonds tarifaires obligatoires, l'IBPT devra vérifier s'il peut encore soumettre les trois opérateurs à des plafonds tarifaires distincts, alors que sur le marché de gros considéré ils se trouvent dans des situations

comparables puisqu'ils sont tous les trois opérateurs puissants sur un marché où ils possèdent 100% des parts de marché, et motiver sa Décision *in concreto*, au regard de la situation propre à chaque opérateur **sur le marché de détail**, où ils ne sont pas dans des situations comparables, en tenant compte des observations formulées par la cour, en particulier sous les considérants 97 et 100 ci-dessus.

102. Il est vrai que l'IBPT a déjà tenté de remédier à cette asymétrie en adoptant le Complément, fondé sur une approche « bottom up », modèle ascendant, et sur un modèle de marché théorique d'une situation dans laquelle les opérateurs présents sur le marché ont d'ores et déjà une part de marché identique, assimilée par l'IBPT au modèle de la concurrence parfaite. Il fixe le prix de terminaison applicable pour chaque opérateur à quatre échéances (et donc pas réellement des plafonds) de manière telle que l'asymétrie est supprimée pour Mobistar et réduite pour Base.

Cependant, ce complément est incontestablement illégal.

En premier lieu, il fut adopté sur le fondement d'une interprétation erronée du devoir qui pèse sur l'ARN de tenir le plus grand compte des observations formulées par la Commission européenne, l'IBPT s'étant considéré comme lié par l'approche recommandée par la Commission européenne dans sa lettre du 4 août 2006 (cf. ci-dessus, titre V.4).

Ensuite, il contredit sans justification adéquate l'approche prospective de la Décision, **à laquelle il se réfère pourtant explicitement** et manque ainsi de cohérence, dès lors que tout en renvoyant aux motifs de la Décision, il prend en compte les coûts réels d'un opérateur théorique efficace qui dispose d'une part de marché de 33% et qu'il supprime ainsi les différences existantes au niveau d'économies d'échelles dues à des parts différentes des trois opérateurs, pour ne tenir compte que des seules différences de coûts entre l'exploitation d'un réseau GSM 900 et du réseau DC 1800.

En troisième lieu, il méconnaît la notion d'orientation des prix en fonction des coûts en ce qu'il autorise Belgacom Mobile et Mobistar à appliquer des tarifs supérieurs à leurs coûts propres d'une prestation efficace, tels qu'évalués par l'IBPT sur la base des coûts réels de ces opérateurs dans la Décision, soit 6,56€ cents pour Proximus et 8,21 € cents pour Mobistar et ce, parce que le Complément présume 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 Belgacom Mobile qui voit sa part de marché fictivement et brutalement réduite aux seules fins d'adapter le modèle générique en fonction de la symétrie souhaitée. Or, ainsi que le relevait déjà la cour dans son arrêt du 4 avril 2008, (i) ce scénario ne semble pas de nature à créer pour Belgacom Mobile une incitation à plus d'efficacité (ii) il ne constitue pas non plus une base objective d'évaluation des coûts de Belgacom, alors que la prise en compte des coûts réels doit être privilégiée par rapport à toute méthode qui conduirait à des prix plus élevés et (iii) il ne semble pas de nature à inciter les opérateurs concurrents à augmenter leur part de marché dès lors qu'il 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.

Enfin, en permettant à Belgacom Mobile d'appliquer des tarifs de terminaison supérieurs à ses propres coûts, le Complément lui donne un avantage supplémentaire sur ses deux concurrents qui lui permet d'asseoir et ou de renforcer sa position sur le marché de détail, ce qui paraît contraire à l'objectif recherché de garantir que les entreprises désignées puissantes sur le marché 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 précitées, para. 16).

**4. Discussion à propos de l'obligation de non discrimination interne et de la séparation comptable**

a) **Description des mesures et justifications données par la Décision**

103. Par l'effet de l'article 109ter de la loi de 1991 « relative à certaines entreprises publiques économiques » Belgacom Mobile et Mobistar, désignés opérateurs puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics mobiles et sur le marché national de l'interconnexion, étaient déjà tenus de répondre de manière non discriminatoire à toutes les demandes raisonnables d'interconnexion et de connexion et d'assurer l'accès égal, sans discrimination, aux services d'interconnexion, en ce compris à lui-même ou à une de ses filiales ou partenaires qui exploitait un service de télécommunications.

Par ailleurs, la séparation comptable leur était imposée par l'article 109, ter, §1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la susdite loi.

104. La Décision maintient, pour Belgacom Mobile et Mobistar, une obligation de **non discrimination, interne et externe**. Seule l'obligation de non discrimination interne fait l'objet de discussions.

Selon la Décision, elle est destinée à prévenir les subventions croisées que Belgacom Mobile et Mobistar pourraient pratiquer entre leur activité de terminaison d'appels sur le marché de gros et leur activité de détail et l'impact significatif que ces subventions croisées pourraient avoir sur le marché de détail, compte tenu des parts de marché suffisamment élevées de ces opérateurs sur le marché de détail. Déjà au moment de l'examen de la position PSM de chaque opérateur, la Décision constatait que *« des prix anormalement hauts sur les réseaux mobiles permettent aux opérateurs de disposer d'un espace économique important pour subventionner la commercialisation de services différents au niveau de détail. De telles pratiques peuvent être utilisées par un opérateur pour encourager un effet tribu qui vise par un différentiel important, en valeur absolue, des tarifs « on net » et « off net » à augmenter sa capacité de rétention et d'acquisition de nouveaux clients. Cette pratique peut conduire à fausser la situation de concurrence sur le marché de détail et être par conséquent considérée*

*comme une subvention croisée abusive lorsque l'impact de cette pratique sur la concurrence sur le marché de détail s'avère significatif » (page 67 de la Décision).*

Cependant, selon l'IBPT, il ne s'agit pas d'obliger les opérateurs à fixer leurs tarifs « on net » sur le marché de détail pour les rendre égaux ou supérieurs à leurs tarifs de terminaison d'appels. En effet, « *dans certains cas, une offre de détail groupe un panier de communications et un abonnement dans un forfait de manière à ce que le prix facial par minute d'un appel on-net soit inférieur au prix de terminaison vers ce réseau » et « cette approche n'est pas interdite en soi dès lors qu'il ne s'agit d'une subvention croisée abusive ». Par contre, celle-ci pourrait se manifester « si l'offre prise dans son ensemble (abonnement, panier de communications compris) était proposée à un prix en-dessous des coûts de l'opérateur, en prenant compte le prix de transfert interne de la prestation de terminaison d'appel » (page 80 de la Décision).*

L'obligation de non discrimination interne contraint Belgacom Mobile et Mobistar imposer, à leurs propres services de détail, à leurs filiales et à leurs partenaires dans un groupe verticalement intégré les mêmes conditions et les mêmes tarifs que ceux qu'ils imposent aux tiers, se trouvant dans des conditions analogues. Jointe à l'obligation de séparation comptable, l'obligation de non discrimination interne « *permettra à l'Institut de contrôler et empêcher les subventions croisées abusives ainsi que toute tentative d'utiliser la terminaison d'appels comme levier pour fausser la concurrence sur les marchés aval de détail où ces opérateurs disposent de parts de marchés significatives » (page 81 de la Décision).*

105. Dans son avis sur le projet de Décision, la Commission européenne invita l'IBPT à présenter des preuves supplémentaires de l'existence d'un risque de distorsion de la concurrence justifiant l'instauration de l'obligation proposée, en particulier dans une situation où les tarifs de terminaison sont orientés en fonctions des coûts. En effet, comme on l'a vu,

la Commission saluait l'imposition de l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts réels et la réduction des tarifs qui s'ensuivait et elle recommandait de mettre en œuvre cette obligation, sans réserve (et donc sans asymétrie), à bref délai. Il se justifiait dès lors qu'au regard de cette mise en œuvre radicale et rapide l'IBPT recherche si un risque réel de subventions croisées pourrait subsister, dès lors qu'il le relie à la pratique de tarifs excessifs, c'est-à-dire non orientés en fonction des coûts.

Comme on l'a vu également, l'IBPT n'a pas suivi l'avis de la Commission européenne : sa Décision n'applique pas entièrement et immédiatement les réductions tarifaires qui résultent de l'obligation d'orientation en fonction des coûts, elle organise un « *glide path* » sur deux ans et en outre, elle maintient une asymétrie tarifaire entre les opérateurs. Cependant, il annonçait l'adoption d'un Complément, appelé à modifier ces dispositions pour parvenir à une meilleure symétrie et à de nouvelles réductions tarifaires. Dans cet esprit, il précisa également dans la Décision que « *suite aux commentaires de la Commission européenne, l'obligation de non-discrimination interne sera réexaminée dans le cadre de la décision complémentaire qui sera prise par l'Institut en 2007 sur la baisse du niveau des charges de MTR à partir de 2008. En effet, une fois atteint l'objectif d'orientation vers les coûts pour les charges MTR, le risque de subventions croisées abusives diminuera, rendant possible une éventuelle suppression du remède de non discrimination interne* ».

Il confirmait ainsi que l'obligation de non discrimination interne est liée au risque de subventions croisées, lui-même lié au risque de tarifs de terminaison excessifs, non efficaces.

Base échappe à cette obligation en raison de son poids relativement faible sur le marché de détail qui priverait d'impact significatif les éventuelles subventions croisées de cet opérateur. L'IBPT considère que le remède serait disproportionné pour Base au regard du faible risque encouru, d'autant plus qu'il impliquerait une comptabilité séparée pour en contrôler le respect.

106. **L'obligation de séparation comptable** est également maintenue pour Belgacom Mobile et Mobistar, l'IBPT considérant que « *cette obligation est nécessaire notamment pour contrôler le respect de l'obligation de non discrimination interne* », car « *en l'absence d'une obligation de séparation comptable, il serait en effet impossible de contrôler les conditions dans lesquelles Belgacom Mobile et Mobistar fournissent les mêmes prestations en externe et pour leurs propres activités de détail, rendant inefficace l'obligation de non discrimination interne. La séparation comptable permettra également de vérifier l'absence de subventions croisées abusives* ». Elle apparaît donc comme l'accessoire de l'obligation de non discrimination interne.

#### **b) Principes directeurs**

107. Selon l'article 10 de la directive « accès », les obligations de non discrimination peuvent être imposées pour réglementer l'accès et l'interconnexion et « *font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires* ». Aussi, l'article 58 de la loi du 13 juin 2005 confirme-t-il que l'IBPT peut imposer des obligations de non discrimination.

Par ailleurs, l'article 60 de cette loi lui permet d'imposer, conformément aux modalités fixées par le Roi, des obligations de séparation comptable en ce qui concerne toute activité dans le domaine de l'accès pour laquelle l'opérateur dispose d'une puissance significative sur le marché. Je ne comprends pas la question de Eric ; Je ne fais que citer le contenu de la disposition

**c) Décision de la cour**

108. Il n'est pas douteux que les obligations cherchent à remédier au risque de subventions croisées et leurs effets négatifs sur le marché de détail, lui-même lié au risque des tarifs de terminaison excessifs. Les remèdes visent donc à la fois le marché de gros et le marché de détail.

109. L'IBPT pouvait les imposer, sans analyser le marché de détail en aval, dès lors que ces obligations sont imposées sur le marché de gros. Ainsi, dans son avis du 14 août 2007 rendu sur le Complément, la Commission européenne le confirme lorsqu'elle rappelle que pour remédier aux problèmes identifiés sur le marché de détail, *« à savoir les différences de prix entre les appels on net et off net, il est préférable de mettre en place un mécanisme de contrôle des prix efficace garantissant que les tarifs de terminaison, qui sont des prix de gros, ne soient pas plus élevés que les coûts réels de la terminaison et lorsqu'elle demande en conséquence à l'IBPT de justifier davantage la nécessité d'imposer une obligation visant à identifier le prix de transfert interne relatif aux appels on-net bien que les tarifs de terminaison soient orientés en fonction des coûts »* (cf. ci-dessus).

110. L'obligation de non discrimination n'est pas réservée au marché de détail, Elle est prévue pour réglementer les conditions d'accès et d'interconnexion et peut donc être imposée dans le cadre de la régulation du marché de la terminaison, même si elle touche clairement aux conditions du marché de détail.

111. Comme il s'agit d'une intervention *ex ante*, l'IBPT ne doit pas démontrer que, grâce à leurs tarifs de terminaison excessifs, Belgacom Mobile et Mobistar pratiquent effectivement des subventions croisées

abusives et que celles-ci ont effectivement un effet négatif sur le marché de détail.

112. En revanche, l'IBPT doit vérifier *in concreto* l'existence d'un risque réel de subventions croisées et pas seulement un risque hypothétique.

Cette preuve est, en l'espèce, rapportée (i) par l'analyse de l'IBPT, selon laquelle des subventions croisées sont théoriquement possibles par l'effet de tarifs de terminaison supérieurs aux tarifs orientés en fonction des coûts, tels que ceux pratiqués par Belgacom Mobile et Mobistar, analyse dont la fausseté théorique n'est pas démontrée et (ii) par la preuve qu'au moment de l'adoption de la Décision et pour toute la durée du « *glide path* », les tarifs des opérateurs n'étaient pas et ne seront pas strictement conformes à l'orientation en fonction des coûts, de sorte que le risque de subventions croisées abusives persistera aussi longtemps que ces opérateurs ne limitent pas leurs tarifs de terminaison à ceux qui résultent d'une orientation stricte en fonction de leurs coûts réels, ce que confirme l'IBPT lorsqu'il indique dans ses conclusions additionnelles et de synthèse précitées le caractère temporaire de cette obligation.

113. Le grief de Base, selon lequel l'obligation de non discrimination interne serait imposée de « *manière globalisée* » n'est pas recevable puisque (i) il est invoqué par Base en qualité d'intervenante volontaire dans le recours en annulation formé par Belgacom Mobile alors que cette partie requérante n'invoque pas ce moyen et que (ii) l'on ne perçoit pas l'intérêt pour Base de contester le caractère approprié d'une obligation qui ne lui est pas imposée et qui, de surcroît, est destinée à parfaire le jeu de la concurrence sur le marché de détail et donc à satisfaire ses intérêts propres.

114. Les obligations en cause sont donc justifiées, pour la période couverte par la Décision. Par ailleurs, la portée de l'obligation de non discrimination et celle de la séparation comptable sont connues pour ces opérateurs, qui y étaient déjà soumis par le passé. Enfin, ces obligations sont

proportionnées puisqu'elles n'exposent pas les opérateurs à des frais supplémentaires.

115. Il était également justifié de ne pas imposer ces obligations à Base. En effet, malgré l'évolution de ses parts de marché sur la clientèle résidentielle, Base ne se trouve pas dans une situation comparable à celle de Belgacom Mobile et de Mobistar sur le marché de détail. Compte tenu des parts de marché qu'elle y détenait au moment de l'adoption de la Décision, l'IPBT a raisonnablement pu considérer que le risque de subventions croisées de cet opérateur n'influerait vraisemblablement pas de manière significative sur ce marché, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'imposer à Base ces deux obligations.

## **5. Discussion à propos des obligations d'accès et d'interconnexion**

### **a) Description des mesures et justification donnée par la Décision**

116. Sous l'empire de l'article 109ter de la loi de 1991 précitée, Belgacom Mobile et Mobistar avaient déjà l'obligation de négocier avec les autres fournisseurs de réseau public de télécommunications ou de services de télécommunications offerts au public lorsqu'ils faisaient une demande d'interconnexion. Ils étaient également tenus d'accorder des prestations d'accès et d'interconnexion afin de garantir aux opérateurs tiers la possibilité d'acheminer des appels vers l'ensemble de leurs abonnés.

117. La Décision impose aux *trois* opérateurs l'**obligation de fournir une prestation d'accès et d'interconnexion** pour l'acheminement du trafic vocal à partir du point d'interconnexion avec l'opérateur tiers jusqu'à leurs propres abonnés. Selon la Décision, cette obligation d'accès et d'interconnexion est justifiée car (i) elle permet aux opérateurs fixes et mobiles de fournir des services téléphoniques fixes ou mobile vers mobile en interconnexion directe avec l'opérateur mobile sans passer par Belgacom, (ii)

elle offre une connectivité de bout en bout entre les utilisateurs du réseau public téléphonique.

Pour que le raccordement physique des réseaux mobiles soit possible, les opérateurs doivent fournir une offre de co-localisation et/ou toute autre offre de services auxiliaires. Ils doivent également fournir une offre de co-localisation standard et une offre de co-localisation par mutualisation, garantissant aux demandeurs la possibilité d'installer leurs équipements sur les sites des opérateurs qui ne peuvent, quant à eux, imposer la co-localisation lorsqu'une autre solution technique est possible.

Les opérateurs doivent encore procurer **« les services auxiliaires nécessaires à la terminaison d'appel »**, notamment les services d'accès à un point d'accès.

Enfin, **« compte tenu du coût élevé de la co-localisation, ils devront fournir sur demande des offres de liaison de raccordement, des offres In Span et des offres de raccordement de sites distants »**, la première consistant à fournir des liaisons de raccordement entre le point de présence et le point d'interconnexion, la deuxième une interconnexion dans un lieu proche de leurs locaux afin de partager les frais de raccordement et la troisième une interconnexion par le raccordement de chaque opérateur dans les locaux désignés par un tiers.

118. Les trois opérateurs sont tenus de **« négocier rapidement les conditions d'accès et d'interconnexion »** et de **« répondre aux demandes raisonnables d'accès et d'interconnexion »**. Ils **« ne pourront refuser des demandes d'accès et d'interconnexion pour la terminaison d'appel vocal que sur la base de critères objectifs relatifs à la faisabilité technique ou à la nécessité de garantir l'intégrité du réseau »**. Selon la Décision, sans cette obligation, les opérateurs **« pourraient être incités à ralentir le processus de fourniture d'offres de terminaison d'appel vocal et la conclusion d'accords d'interconnexion, compte tenu de leur puissance sur le**

*marché* ». L'IBPT précise en conclusions que cette obligation n'est pas une obligation de résultat ; il s'agit de faire en sorte que les opérateurs mènent librement des négociations commerciales tout en faisant en sorte qu'elles aboutissent dans un délai raisonnable , l'IBPT se réservant de déterminer les conditions et modalités en matière d'équité, de raisonabilité et de délai.

119. Enfin, les opérateurs ne **« devront pas »** (lire **« ne pourront pas »**), **sans l'autorisation de l'IBPT ou d'un tribunal, interrompre une prestation** d'accès vocal lorsque cela causerait un préjudice à l'opérateur ayant souscrit à ce service. *« Sans une telle obligation, les opérateurs clients de Belgacom Mobile, Mobistar et Base ne pourraient pas garantir une qualité de service suffisante à leurs abonnés. Ils ne pourraient pas non plus leur garantir la possibilité de communiquer avec leurs abonnés, une fois l'interconnexion établie »*. Toute suspension de service requiert donc l'intervention préalable de l'IBPT ou d'un tribunal.

#### **b) Principes directeurs**

120. L'article 61, §1<sup>er</sup> de la loi précitée du 13 juin 2005, transposant l'article 12 de la directive « accès » permet (§1<sup>er</sup>) à l'IBPT d'imposer à l'opérateur SMP, notamment les obligations de (i) satisfaire les demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et d'en autoriser l'utilisation, notamment lorsqu'elles considèrent qu'un refus d'octroi de l'accès ou des modalités et conditions déraisonnables ayant un effet similaire empêcheraient l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable, ou risquerait d'être préjudiciable à l'utilisateur final (ii) négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent un accès (iii) ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé, (iv) donner une possibilité de co-localisation ou d'autres formes de partage des ressources, y compris l'utilisation partagée de chemins de câbles, bâtiments ou pylônes (v) fournir les services spécifiques nécessaires pour garantir aux utilisateurs l'interopérabilité des services de bout en bout (v)

interconnecter des réseaux ou des ressources de réseau. L'IBPT peut « *fixer les conditions et les modalités en matière d'équité, de raisonnable et de délai en vue de l'exécution des obligations imposées(...)* ».

(§2) Lorsqu'il examine s'il y a lieu d'imposer l'une ou l'autre des obligations précitées, l'IBPT doit notamment prendre en considération (i) la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place des ressources concurrentes, compte tenu du rythme auquel le marché évolue et du type d'interconnexion et d'accès concerné (ii) le degré de faisabilité de la fourniture d'accès proposée, compte tenu de la capacité disponible (iii) l'investissement initial réalisé par le propriétaire des ressources sans négliger les risques inhérents à l'investissement (iv) la nécessité de préserver la concurrence à long terme.

Enfin (§3) « *pour autant que cela soit nécessaire pour mettre à exécution les obligations imposées par l'IBPT, les opérateurs négocient entre eux les accords appropriés en matière d'accès à fournir et s'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord, l'IBPT « fixe, soit de sa propre initiative, soit à la demande d'une parties, après avoir entendu les parties concernées, les obligations concernant l'accès à fournir ».*

### **c) Décision de la cour**

121. Ainsi que l'objecte l'IBPT dans ses conclusions additionnelles et de synthèse précitées, la demande de Mobistar en sa qualité d'intervenante volontaire dans le recours formé par Base, tendant à ce que l'annulation de ces obligations soit prononcée également en sa faveur, ainsi que les moyens nouveaux de Mobistar, autres que ceux invoqués par Base dans son recours, ne sont pas recevables (cf. ci-dessus, sous le titre V.1.), puisqu'ils excèdent le cadre d'une intervention volontaire conservatoire et sont tardifs.

122. Pour le surplus, il résulte de l'énoncé de l'article 61 de la loi du 13 juin 2005 que les obligations imposées sont en tout point conformes au cadre

réglementaire et qu'elles répondent au prescrit de l'article 5 de la directive « accès », selon lequel les ARN encouragent et, le cas échéant, assurent, conformément aux dispositions de la présente directive, un accès et une interconnexion adéquats, ainsi que l'interopérabilité des services, de façon à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à procurer un avantage maximal à l'utilisateur final.

123. Dès lors que chacun des trois opérateurs en cause dispose de parts de marché de 100% sur son propre marché de gros et d'une puissance SMP incontestable (cf. ci-avant), il était justifié de leur imposer, à chacun, les obligations de négocier de bonne foi et dans un délai raisonnable, et de faire droit à toute demande d'accès raisonnable, sauf cas de force majeure dès lors que ces obligations rencontrent les intérêts de l'utilisateur final client auprès d'un opérateur alternatif qui fait confiance à celui-ci et risque d'être privé du service qu'il peut légitimement espérer.

Ces obligations ne sont pas disproportionnées, d'autant que chaque opérateur dispose d'une voie de recours devant l'IBPT ou devant les juridictions ordinaires, que l'obligation de négocier rapidement est une obligation de moyen, de même que celle de négocier de bonne foi, et que l'IBPT a fixé dans la Décision aucun délai, aucun critère précis pour apprécier le caractère raisonnable de la demande et aucune procédure dans la négociation de sorte qu'il revient à chaque opérateur d'apprécier en premier, sous responsabilité, la manière adéquate d'en faire usage.

Par ailleurs, la cour relève que la notion de services auxiliaires, contestée par Belgacom Mobile, est d'ores et déjà connue de cet opérateur que la Décision ne laisse donc pas dans l'incertitude sur la portée de cette obligation.

124. Par contre, il n'apparaît pas justifié, au regard du prescrit de l'article 61, § 2 de la loi du 13 juin 2005, d'avoir obligé les opérateurs de fournir sur simple demande des services de raccordement « in span » et « sur sites distants », alors que l'IBPT ne conteste pas qu'à l'heure de

l'adoption de la Décision pareille demande était totalement inexistante et qu'il ne démontre pas avoir vérifié, avant d'imposer cette obligation, sa viabilité technique et économique, son degré de faisabilité, l'investissement requis conformément à l'article 61,§2 de la loi du 13 juin 2005 rappelé ci-dessus. Le caractère proportionné de cette obligation fait donc défaut et elle doit être annulée.

125. De même, l'IBPT ne peut soumettre l'exercice de droits contractuels à une autorisation préalable de sa part ou de la part d'une instance judiciaire, dans des conditions dérogatoires au droit commun. L'IBPT n'est pas compétent pour se prononcer sur des contestations relatives à la responsabilité contractuelle et ne peut s'arroger le droit de se prononcer sur la légitimité de la décision de l'opérateur puissant de suspendre l'accès, ni celui d'autoriser ou non cet opérateur à suspendre l'accès lorsqu'il invoque l'exception d'inexécution. En revanche, il peut imposer des mesures qui rencontrent les objectifs du cadre réglementaire, en particulier ceux qui assurent la protection de l'utilisateur final et assortir l'exercice de droits contractuels de conditions qui visent à garantir ces objectifs. Sous cet angle, le principe d'un préavis raisonnable à notifier avant la suspension de l'accès et l'obligation d'informer préalablement l'IBPT constituent des mesures adéquates ainsi que la cour l'a précisé dans son arrêt du 7 mai 2009, 2008/AR/787 considérant 277).

## **6. Discussion à propos des obligations de transparence**

### **a) Description des mesures et justification donnée par la Décision**

126. La Décision oblige les trois opérateurs à publier une offre de référence, leurs tarifs d'accès et d'interconnexion pour la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile. Selon la Décision, l'offre de référence permet les interconnexions rapides, efficaces et non discriminatoires en garantissant un niveau de prestations, de conditions techniques et financières égal pour tous

les opérateurs qui désirent se connecter et elle réduit l'asymétrie d'information qui peut exister entre les opérateurs puissants et les acheteurs. Elle permet également à l'IBPT de contrôler le respect des obligations tarifaires.

127. L'offre de référence est valable pour chaque année civile et doit être préalablement approuvée par l'IBPT qui en recevra le projet pour le 15 juillet de chaque année avec les motifs pour lesquels l'opérateur s'écarte éventuellement de l'offre de référence précédente. L'IBPT peut exiger que des modifications soient apportées au projet. A défaut d'approbation expresse pour le 1<sup>er</sup> janvier, l'offre de référence de l'année précédente demeure d'application, éventuellement actualisée par les parties nouvelles qui auraient été approuvées par l'IBPT.

L'offre de référence devra traiter des conditions techniques et tarifaires associées au service de terminaison et aux services auxiliaires, des services de co-localisation, des sites pertinents de l'opérateur et de ses conditions de fourniture.

Après sa publication, l'offre de référence devra être modifiée chaque fois que l'IBPT en fera la demande, si cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des obligations *ex ante* imposées par la loi.

Par ailleurs, moyennant l'accord préalable de l'IBPT, elle pourra être modifiée à l'initiative de l'opérateur, si cela est nécessaire pour tenir compte de l'évolution de ses offres et garantir une concurrence effective, et à l'initiative d'un bénéficiaire.

Si la modification décidée ou approuvée par l'IBPT n'est pas immédiatement reprise par l'opérateur mobile dans l'offre de référence, le bénéficiaire peut la compléter et la corriger.

128. Chaque opérateur doit encore communiquer (i) à l'IBPT, à sa demande, leurs contrats en matière d'accès et d'interconnexion pour le service de terminaison et tous autres éléments contractuels, comptables et

techniques relatifs au respect de leurs obligations, tels que les informations relatives à la consommation par type de clientèle de détail, par tranches horaires, aux offres et contrats de détail et les indicateurs sur la qualité du service (ii) *aux autres opérateurs* les modifications qu'il envisage d'apporter dans les douze mois à ses accords d'interconnexion et les modifications d'infrastructure ayant des effets prévisibles sur ses services IC.

Il s'agit selon la Décision de permettre à l'IBPT de contrôler le respect des obligations de non discrimination et des obligations tarifaires dans les accords bilatéraux conclus avec les opérateurs tiers, de faire modifier tout accord qui serait incompatible avec ces obligations et de veiller au respect de l'obligation de non discrimination « entre les acheteurs des services de terminaison de gros » et à l'obligation de non discrimination interne en ce qui concerne les informations qui ont trait au « *retail* ».

#### **b) Principes directeurs**

129. Selon l'article 9 de la directive « accès », (i) les ARN peuvent imposer des obligations de transparence concernant l'interconnexion et/ou l'accès en vertu desquelles les opérateurs doivent rendre publiques des informations bien définies, telles que les informations comptables, spécifications techniques, les caractéristiques du réseau, les modalités et conditions de fourniture et d'utilisation et les prix (ii) lorsqu'un opérateur est soumis à une obligation de non discrimination, elles peuvent lui imposer de publier une offre de référence « *qui soit suffisamment détaillée pour garantir que les entreprises ne sont pas tenues de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé, comprenant une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des modalités et conditions correspondantes, y compris des prix* ». Par ailleurs, l'ARN est habilitée à imposer des modifications aux offres de référence « *afin de donner effet aux obligations imposées au titre de la présente directive* ».

L'article 59 de la loi précitée du 13 juin 2005 transpose cette disposition en permettant à l'IBPT de requérir la publicité de certaines informations qu'il définit, d'imposer la publication d'une offre de référence pour veiller au respect des obligations de non discrimination, d'imposer des modifications à cette offre et de soumettre à son approbation le projet de l'offre de référence.

### c) Décision de la cour

130. Les moyens et la demande par lesquels Mobistar conteste en conclusion l'imposition de ces obligations ne sont pas recevables, faute d'avoir été invoqués par cet opérateur dans son recours en annulation.

131. Les obligations de transparence litigieuses sont légalement prévues et elles constituent un remède *ex ante* qui, comme ceux examinés précédemment pouvait être imposé par l'IBPT pour prévenir un risque. L'IBPT pouvait donc les imposer et ne devait pas faire la démonstration qu'elles étaient nécessaires pour mettre un terme à une pratique condamnable.

Ces obligations sont appelées à compléter les obligations tarifaires et de non discrimination, dont elles assurent le respect à titre préventif. Elles poursuivent donc un but parfaitement légitime, d'autant qu'il est expressément énoncé par le cadre réglementaire lui-même, pour l'obligation de non discrimination.

Elles concernent le marché de gros, même si certaines informations ont trait au marché de détail, et elles ne sont pas disproportionnées. En effet :

- i. compte tenu des intérêts en jeu, il se justifie notamment d'imposer à chaque opérateur la publication d'une **offre annuelle**, malgré les coûts de cette publication, d'autant que comme le rappelle l'IBPT, chaque opérateur a rédigé son offre à la fin de l'année 2006, sans justifier de réelle difficulté, et que l'offre de l'année précédente reste valable si l'opérateur ne demande pas d'y apporter des modifications ;

- ii. bien que l'IBPT n'était pas tenue de motiver, dans sa Décision, la justification de chacun des éléments devant figurer dans l'offre de référence, il est permis de constater (i) qu'ils répondent adéquatement à la nécessité d'informer les opérateurs alternatifs des conditions et modalités dans lesquelles ils peuvent obtenir le droit de se connecter et (ii) que, grâce à leur précision, ils faciliteront nécessairement la rapidité et le succès des négociations commerciales, ce qui répond assurément à la volonté des législateurs communautaire et national ;
- iii. la faculté réservée à l'IBPT d'exiger des modifications au projet d'offre, et plus tard, à l'offre publiée ou ensuite à des accords d'interconnexion déjà conclus, n'est pas excessive car elle ne peut être mise en œuvre que pour assurer le respect du cadre réglementaire quand l'IBPT constate qu'il n'est pas ou plus respecté . En effet, les opérateurs puissants doivent conformer leur comportement à ce cadre et tolérer le contrôle que le régulateur exerce à l'effet de s'en assurer. Au surplus, ce contrôle qui s'exerce *a posteriori* n'entrave pas la liberté de négociation des opérateurs, laquelle n'est en tout état de cause pas absolue;
- iv. ces motifs justifient également l'obligation de communiquer à l'IBPT, à sa demande, les accords d'accès et d'interconnexion déjà conclus ;
- v. les tiers ne peuvent pas imposer une modification, ils peuvent uniquement la demander, ce qui est le simple constat d'une situation de fait ;
- vi. il est légitime que l'opérateur puissant doive motiver ses demandes de modifications, puisqu'il doit démontrer qu'elles rencontrent les objectifs et les obligations du cadre réglementaire, dans lesquels s'inscrit sa liberté contractuelle et qu'il doit permettre le contrôle dévolu par le législateur à l'IBPT et *a posteriori* à la cour d'appel ; cette obligation de motivation ne lui impose pas une obligation excessive mais elle lui offre au contraire la possibilité de s'assurer lui-même de la justesse de son approche ;
- vii. l'approbation préalable de l'IBPT sur le projet d'offre et tout projet de modification est destinée à assurer préventivement le respect des règles imposées à l'opérateur puissant, ce qui correspond parfaitement à l'approche d'une réglementation *ex ante* ;
- viii. l'IBPT ayant précisé en conclusions que l'opérateur ne doit publier que les

modifications qu'il compte *certainement* apporter dans les douze mois aux informations techniques mises à la disposition des opérateurs alternatifs, cette obligation paraît également proportionnée au regard du but de transparence poursuivi.

**PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR,**

Statuant contradictoirement ;

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

Vu l'arrêt de la cour du 27 octobre 2006 qui joint les causes pendantes sous le numéros de rôle R.G. 2006/AR/2628, 2629 et 2332, joint ces trois causes avec les causes 2008/AR/425, 2008/AR/427 et 2006/AR/3394

I. En ce qui concerne la décision attaquée du 11 août 2006 :

Vu l'arrêt précité du 27 octobre 2006 qui reçoit la demande en suspension de Base et les Interventions volontaires de Mobistar et Belgacom Mobile dans le cadre de cette demande, reçoit les recours en annulation de chaque partie requérante et les interventions volontaires dans ces recours et dit fondées les demandes des trois parties requérantes en tant qu'elles postulent l'annulation :

- des plafonds que la Décision impose pour les charges moyennes de terminaison des trois parties requérantes aux dates successives du 1<sup>er</sup> novembre 2006 et 1<sup>er</sup> mai 2007 ;
- de l'obligation imposée aux trois parties requérantes de ne pas retirer l'accès lorsqu'il a été accordé, sans autorisation préalable de l'IBPT ou d'un tribunal ;
- de l'obligation imposée aux trois parties requérantes de fournir sur simple demande des services de raccordement « in span » et « sur sites distants ».

Dit qu'il y a lieu, s'il échet, de rectifier le calcul des coûts réels de Base, par la prise en compte de ses frais généraux tels qu'ils ont été rectifiés pour l'adoption du Complément.

Rejette les demandes pour le surplus.

II. En ce qui concerne la décision attaquée du 18 décembre 2007 :

Vu l'arrêt du 4 avril 2008 qui reçoit le recours en annulation de Base,  
Reçoit les recours en annulation de Belgacom Mobile et de Mobistar ainsi que leur requête en intervention volontaire dans le recours en annulation de Base.  
Dit fondées les demandes en annulation dirigées par les requérantes, dans leur recours en annulation respectif, à l'encontre des tarifs que cette décision impose.

Condamne l'IBPT au paiement d'une indemnité de procédure de 1.200 EUR à chaque partie requérante.

Condamne l'IBPT aux autres dépens de l'instance taxés à 186 € par requête en annulation (frais de requête) déposée par chaque partie requérante, soit deux fois ce montant pour chaque partie.

\*\*\*\*\*

