

N°: 107

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

N° rép.: 2011/1082

Arrêt interlocutoire  
du 15 février 2011

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

siégeant en matière civile,  
après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

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

**EN CAUSE DE :**

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

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

**CONTRE :**

**I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35,  
partie défenderesse,

représentée par Maître DEPRE Sebastien et Maître VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 ;

**PARTIES INTERVENANTES**

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

représentée par Maître VAN LIEDEKERKE Dirk et Maître VERNET Philippe, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26 ;

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

représentée par Maître VAN GERVEN Yves et Maître VALLERY Anne, avocats à 1050 BRUXELLES, place du Champ de Mars 5;

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

**EN CAUSE DE :**

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

représentée par Maître VAN GERVEN Yves et Maître VALLERY Anne, avocats à 1050 BRUXELLES, place du Champ de Mars 5;

**CONTRE :**

**I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

représentée par Maître DEPRE Sebastien et Maître VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 ;

**PARTIES INTERVENANTES**

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

représentée par Maître VAN LIEDEKERKE Dirk et Maître VERNET Philippe, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26 ;

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

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

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

**EN CAUSE DE :**

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

représentée par Maître VAN LIEDEKERKE Dirk et Maître VERNET Philippe, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26 ;

**CONTRE :**

**I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35,  
partie défenderesse,

représentée par Maître DEPPE Sebastien et Maître VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 ;

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

**EN CAUSE DE :**

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

représentée par Maître VAN LIEDEKERKE Dirk et Maître VERNET Philippe, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26;

**CONTRE :**

**I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35,  
partie défenderesse,

représentée par Maître DEPPE Sebastien et Maître VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240;

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

**EN CAUSE DE :**

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

représentée par Maître VAN GERVEN Yves et Maître VALLERY Anne, avocats à 1050 BRUXELLES, place du Champ de Mars 5;

**CONTRE :**

**I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35,  
partie défenderesse,

représentée par Maître DEPPE Sebastien et Maître VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 ;

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

**EN CAUSE DE :**

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

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

**CONTRE :**

**I.B.P.T.**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35, partie défenderesse,

représentée par Maître DEPRE Sebastien et Maître VISEUR, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240 ;

\*\*\*\*\*

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

La procédure devant la cour.

01. Les parties requérantes KPN GB et Mobistar demandent chacune l'annulation de la décision et réclament par mesure avant dire droit la suspension.

Les requêtes introductives ont été déposées au greffe de la cour le 14 juillet 2010.

Mobistar et KPN GB ont déposé chacune une requête en intervention volontaire dans la cause introduite par l'autre.

Belgacom est également intervenue volontairement dans chacune de ces deux causes.

02. Belgacom a introduit des recours incidents dans le cadre de chacune des deux procédures intentées par KPN GB et Mobistar.

Elle a déposé les requêtes y relatives le 12 août 2010 au greffe de la cour.

Mobistar et KPN GB ont également formé chacune un recours incident dans le cadre du recours introduit par l'autre. Les requêtes y relatives furent déposées les 13 et 16 août 2010.

03. Par un arrêt rendu le 14 septembre 2010, la cour a notamment joint toutes ces causes pour connexité et a statué sur des demandes avant dire droit formées dans le cadre de la mise en état des demandes de suspension de la décision.

Elle a également jugé qu'en raison des mesures décidées, une demande de suspension provisoire sur la base de l'article 19, alinéa 2 du Code judiciaire, dans l'attente d'une décision sur la demande de suspension, n'avait plus d'objet.

04. Toutes les parties ont conclu sur les demandes de suspension qui font seules l'objet du présent arrêt.

05. Les parties ont été entendues aux audiences des 19, 20, 26 et 27 octobre 2010.

#### L'objet de la décision.

06. Dans le cadre des dispositions européennes et nationales relatives aux marchés de services et de produits dans le secteur des communications électroniques, l'IBPT est tenue, en tant qu'autorité réglementaire nationale (ARN), de procéder à une analyse des marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante.

Par sa Recommandation du 17 décembre 2007, la Commission européenne a défini le marché 7, susceptible de réglementation, comme étant celui de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles.

Le 7 mai 2009 la Commission européenne a publié sa Recommandation sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'Union européenne (document 2009/396/CE).

La décision a pour objet de fixer les mécanismes de régulation dudit marché pour la période allant de 2010 à 2013.

07. Après avoir défini les marchés pertinents (de détail et de gros) sur les plans des produits et géographique, analysé ces marchés et défini les opérateurs puissants sur les marchés, la décision détermine les obligations appropriées à imposer aux opérateurs.

Elle traite succinctement des obligations relatives aux prestations d'accès et d'interconnexion, à la non discrimination, à la transparence et la séparation comptable - cette dernière uniquement en ce qui concerne Belgacom - et s'étend très longuement sur le contrôle des prix.

08. Sur la base d'un modèle de coûts BULRIC (bottom up long run incremental costs) nouveau par rapport à celui que l'IBPT avait retenu pour la période régulatoire écoulée, elle détermine le niveau des prix de gros que les opérateurs sont tenus d'appliquer pour les prestations de terminaison des appels.

Les prix sont déterminés suivant un mécanisme qui repose sur la transition de la méthodologie LRAIC+ (coûts réels des opérateurs : coûts incrémentaux plus une partie des coûts communs et conjoints) à partir du 1<sup>er</sup> août 2010 vers la méthodologie LRIC pure (uniquement coûts incrémentaux : coûts évitables), par le biais d'une période de réduction progressive ('glide path') qui expire le 31 décembre 2012.

Pendant cette période du 'glide path' la transition de prix résultant d'un mode de calcul (LRAIC+) vers des prix résultant de l'autre mode (LRIC pure) est réalisée sur la base d'une prise en compte progressivement plus importante des prix résultants de la nouvelle méthodologie.

Au départ de tarifs asymétriques pour les trois opérateurs - décidés dernièrement par l'IBPT en date du 29 avril 2008 et restés inchangés depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2008 jusqu'au 1<sup>er</sup> août 2010 (voir ci-dessous) - le tarif symétrique applicable pour les trois opérateurs à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013 est fixé à 1,08 eurocent.

Dans l'intervalle des tarifs intermédiaires asymétriques sont applicables, à partir des 1<sup>er</sup> août 2010, 1<sup>er</sup> janvier 2011 et 1<sup>er</sup> janvier 2012 comme suit (eurocent/minute) :

	(AVANT)	01/08/2010	01/01/2011	01/01/2012
Belgacom	(7,20)	4,52	3,83	2,46
Mobistar	(9,02)	4,94	4,17	2,62
KPN GB	( 11,43 )	5,68	4,76	2,92

Les demandes formées dans le cadre de la procédure en suspension et les positions des parties.

09. KPN GB demande, dans le cadre de son propre recours principal, de déclarer celui-ci recevable et fondé et par mesure avant dire droit :

**à titre principal** : (a) d'ordonner la suspension de la décision en ce qu'elle impose à KPN GB d'appliquer les tarifs prévus dans le glide path et d'ordonner à l'IBPT de procéder à une nouvelle évaluation des coûts de KPN GB conformément aux principes dégagés par la cour et de déterminer les tarifs applicables sur cette base à titre provisoire ; et/ou

(b) d'ordonner la suspension de la décision en ce qu'elle autorise Mobistar et Belgacom à appliquer les tarifs prévus dans le glide path et leur imposer à titre provisoire d'appliquer à partir du 1<sup>er</sup> août 2010 le niveau de charge de terminaison maximum de 1,08 eurocent correspondant au niveau LRIC pur tel que calculé par l'IBPT ou tout autre

tarif LRIC pur à déterminer par l'IBPT conformément aux principes dégagés par la cour ;

**à titre subsidiaire :** d'ordonner la suspension de la réglementation tarifaire prévue dans la décision, à charge pour l'IBPT d'adopter une nouvelle réglementation tarifaire qui se conformerait aux exigences de validité posées par l'arrêt à prononcer.

Par ailleurs elle demande de mettre la décision à néant en ce qui concerne la réglementation tarifaire imposée à Belgacom, Mobistar et KPN GB.

Dans le cadre du recours introduit par Mobistar, elle demande de recevoir son intervention, de la déclarer fondée et en conséquence d'ordonner la suspension de la décision comme précisé sous le point (b) ci-dessus.

Si la cour devait décider d'ordonner la suspension de la décision au bénéfice de Mobistar, elle demande que ce bénéfice soit en tout état de cause étendu à KPN GB.

Par ailleurs elle demande de rejeter le recours en ce qu'il conteste le choix du modèle LRIC pur pour réguler les tarifs de Mobistar et de Belgacom et de faire droit à ce recours en ce que Mobistar conteste (i) l'absence de caractérisation du marché de détail, (ii) la mise en œuvre du modèle LRIC pur par l'IBPT dans la mesure où il neutralise artificiellement les différences objectives entre opérateurs et (iii) la symétrie tarifaire.

10. Mobistar demande à la cour dans le cadre de son propre recours principal, par mesure avant dire droit, de suspendre la décision pour l'intégralité de la période couverte par la décision, ou à tout le moins en ce qui concerne la tarification des services de terminaison de Mobistar.

En ce qui concerne les interventions, elle demande de déclarer celle de Belgacom recevable mais non fondée. Elle considère que l'intervention de KPN GB est irrecevable en ce qu'elle vise à annuler et suspendre le plan pluriannuel (c'est-à-dire le glide path) pour Mobistar et recevable pour le surplus.

Quant à sa propre intervention dans le recours formé par KPN GB, elle demande de la déclarer recevable et fondée et par voie de conséquence, en ce qui concerne les mesures avant dire droit, (i) à titre principal de déclarer la demande de suspension partielle de parties de la décision au profit de KPN GB et au détriment de Mobistar non fondée, (ii) à titre subsidiaire, de déclarer la demande de suspension fondée dans son intégralité, mais uniquement conformément aux motifs développés dans son deuxième moyen.

Au cas où la cour devait prononcer la suspension, même partielle, de la décision, elle demande d'étendre cette suspension au bénéfice de l'ensemble des opérateurs destinataires de la décision.

11. Belgacom demande de déclarer son intervention recevable et fondée et de déclarer à tout le moins les demandes de suspension formulées par KPN GB et Mobistar non fondées.

En ce que la demande de suspension de KPN GB comporte une demande d'injonction et/ou de réformation, dont elle ne peut être dissociée, elle estime que la demande est intégralement irrecevable.

Elle l'estime également irrecevable dans la mesure où cette demande prend la forme d'une demande d'injonction ou de réformation.

Par ailleurs elle demande également que soient écartés des débats - et dès lors du délibéré - les passages des conclusions de KPN GB et de Mobistar comprenant des chiffres ou autres contenus masqués qui ne sont pas remplacés par des fourchettes ou des explications, ainsi que les pièces qui sont affectées de la même carence.

Si la cour devait décider de suspendre certains aspects de la décision, elle demande d'étendre la suspension au bénéfice de chacun des destinataires de cette décision.

12. L'IBPT demande de déclarer le recours de KPN GB irrecevable en ce qu'il comporte une demande de réformation, et de rejeter la demande de suspension, la requête en intervention et le recours incident de Mobistar.

Dans le recours introduit par Mobistar, l'IBPT demande de rejeter la demande de suspension, la requête en intervention ainsi que le recours incident de KPN GB.

Les griefs et moyens présentés à l'encontre de la décision en vue de sa suspension.

*A. Griefs et moyens formulés par KPN GB.*

13. KPN GB, qui par ailleurs invoque que l'IBPT a procédé à une appréciation erronée de l'analyse du marché de détail et estime que cette erreur manifeste est lourde de conséquences quant aux remèdes imposés aux fins de la régulation du marché de gros des MTR, présente deux moyens d'illégalité. Ils peuvent être résumés comme suit.

14. Premier moyen : l'instauration d'un glide path en faveur de Belgacom et de Mobistar est illégal, car il viole les principes de proportionnalité et de non-discrimination; sur ce point, la décision viole en outre l'obligation de motivation.

KPN GB objecte notamment que l'instauration d'un 'glide path' ne peut être justifiée par une pratique généralisée, mais doit reposer sur une analyse de la situation de chaque opérateur. Elle indique à cet égard que la décision ne fournit qu'une motivation générique relativement à Belgacom et Mobistar et que l'IBPT ne peut se borner à évoquer la chute vertigineuse des revenus au cas où ce glide path ne serait pas instauré. Elle critique en particulier le fait que le dossier administratif ne comprenne aucune analyse de l'impact d'une application immédiate des tarifs 'LRIC pur' pour les trois opérateurs concernés.

Elle estime que l'analyse adéquate de l'impact financier de la baisse des tarifs MTR (Mobile Termination Rates, ou tarifs de terminaison d'appel mobile) et du rééquilibrage tarifaire (glissement de la baisse des revenus de terminaison vers une augmentation des tarifs de détail) démontre qu'un même glide path pour les trois opérateurs n'est pas justifié.

Elle argumente également que la motivation relative aux prétendus effets pervers par rapport aux opérateurs étrangers (risques de disruption du trafic) est manifestement sans fondement.

Enfin elle estime que la décision omet de mettre en balance le surcoût très important lié au glide path octroyé à Belgacom et Mobistar pour le marché (intérêts des consommateurs et impact négatif pour la concurrence) avec l'intérêt poursuivi avec ce glide path.

15. Deuxième moyen : la méthodologie LRAIC+ est illégale en soi: elle viole l'obligation d'orientation sur les coûts; la décision viole également à cet égard l'obligation de motivation et de non-discrimination.

La méthode repose principalement sur les investissements et les amortissements pour déterminer les coûts de l'ensemble des services fournis, le niveau des amortissements étant lié à l'évolution du volume de la demande.

Selon KPN GB, l'IBPT a choisi certains paramètres en vue de l'application de la méthode en surestimant l'évolution du trafic mobile et le trafic des 'mobile data' et en sous-estimant la distribution asymétrique des parts de marché (sous-estimation de Belgacom et surestimation de KPN GB).

Elle reproche à la décision d'omettre de déduire le trafic fixe vers mobile de Belgacom. Ces choix seraient faits uniquement en vue de trouver une justification à la quasi symétrie des tarifs pendant la période transitoire, et les données de base retenues seraient entachées d'erreurs manifestes et contradictoires avec d'autres motifs de la décision. A l'appui de cette allégation, elle communique des chiffres confidentiels et les critiques émises par un consultant économique indépendant (WIK).

KPN GB reproche également à la décision de ne pas prendre dûment en compte le phénomène de convergence et les offres groupées (packs) qui en résultent pour les opérateurs, ni l'impact de l'entrée d'un quatrième opérateur mobile.

16. La conclusion générale de KPN GB est que seule l'application de la méthodologie LRIC pure pour les trois opérateurs, sans délai en ce qui concerne Belgacom et Mobistar et moyennant un glide path pour elle-même, répond au cadre réglementaire en général et est conforme aux exigences de la Recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne.

#### *B. Griefs et moyens formulés par Mobistar.*

17. Par un premier moyen Mobistar soutient que l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation dans la caractérisation du marché de

détail qui est de nature à affecter l'analyse du marché de gros et de ce fait également les remèdes imposés.

A cet égard elle indique que l'IBPT n'a pas pris en compte les évolutions du marché depuis son analyse qui a précédé l'adoption de sa décision du 11 août 2006, relative au même marché.

Ainsi la décision omet selon Mobistar de prendre en compte adéquatement quatre éléments pertinents: l'interpénétration croissante du marché (entrée sur le marché d'opérateurs sans réseau, d'un véritable MVNO et d'un quatrième opérateur mobile), la baisse des prix de téléphonie mobile indépendamment de toute diminution des tarifs de terminaison (la baisse des tarifs MTR établis suivant la méthode LRIC pure pourrait même engendrer une hausse des prix de téléphonie mobile), la convergence et les offres combinées (qui renforcent la position de Belgacom) et la concurrence entre opérateurs fixes et mobiles (le motif tiré de la réduction nécessaire du différentiel tarifaire entre tarifs de terminaison mobiles et tarifs de terminaison fixes n'étant pas pertinent).

18. Le deuxième moyen qui porte sur le contrôle des prix, traite dans une première partie principalement du choix de la méthodologie LRIC pure et de la violation de l'objectif d'une concurrence non faussée.

Mobistar argumente que ladite méthode est incompatible avec le cadre réglementaire et notamment avec le principe de l'orientation sur les coûts et l'objectif d'une concurrence non faussée.

Elle ajoute que le remède relatif aux tarifs est également vicié du point de vue du respect de l'obligation de motivation et des principes de proportionnalité et de non-discrimination.

Dans une deuxième partie du deuxième moyen elle critique les modalités d'application des remèdes tarifaires. Le glide path est selon elle trop abrupt en ce qu'il débute par une baisse de tarifs de 50% dans le mois de la décision d'une part et qu'il a une durée trop courte d'autre part.

En outre le principe même de la symétrie qui est applicable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013 violerait le principe de non-discrimination et serait inconciliable avec l'existence d'une concurrence non faussée.

19. - (i) Le principe d'orientation sur les coûts impose que les tarifs de terminaison d'appel couvrent tous les coûts efficaces engagés pour fournir les services de terminaison d'appel ainsi qu'un juste retour sur les capitaux engagés.

La méthode LRIC pure, qui ne tient compte que des coûts évitables, ne permet pas de récupérer une grande partie des coûts de production et d'obtenir un retour sur investissements raisonnable. Les tarifs imposés ne permettent pas à l'opérateur de rendre l'activité de terminaison d'appel rentable.

Le choix de ladite méthode - qui n'est pas imposée par une norme contraignante - n'est par ailleurs pas motivé par l'IBPT.

- (ii) L'exclusion par la méthode LRIC pure des coûts conjoints (coûts ayant un lien de causalité avec plusieurs services prestés) et communs (coûts sans lien de causalité avec le service mais que

l'opérateur doit supporter) ne saurait être justifiée au regard du principe juridique de l'orientation sur les coûts.

Elle est également injustifiée au regard de l'efficacité économique : il est quasiment exclu que sur la base du principe de l'allocation efficace des coûts fixes, aucun de ces coûts ne soit alloué au service de terminaison d'appel, étant donné que ce principe nécessite que ces coûts soient alloués en fonction de l'élasticité de la demande. Les consommateurs étant très peu sensibles aux tarifs de terminaison, au moins une partie des coûts communs et conjoints devrait être supportée par le service de terminaison d'appel (théorie de Ramsey-Boiteux).

L'affirmation par l'IBPT que d'un point de vue économique il est préférable d'inciter un opérateur à récupérer ses coûts au travers d'activités exposées à la concurrence, plutôt qu'à charge de prestations monopolistiques, se heurterait à l'approche verticalement désintégrée appliquée par l'IBPT.

Les coûts de couverture et de spectre sont à tort exclus de la méthode LRIC pure : il s'agit de coûts de réseau qui sont manifestement liés au trafic car ils sont également encourus pour le service de terminaison d'appel. Les communications mobiles n'existeraient pas sans les coûts exposés pour la couverture et le spectre. Dès lors les coûts y afférents devaient être pris en compte proportionnellement au trafic représenté par la terminaison d'appel.

- (iii) La méthode LRIC pure oblige les opérateurs de réseau mobile à vendre à perte le service de terminaison d'appel.

20. La méthode LRIC pure viole l'objectif d'une concurrence non faussée.

La position concurrentielle des opérateurs alternatifs est affectée de façon significative, tant en ce qui concerne l'impact sur les revenus que sur l'Ebitda, ce qui affectera leur capacité à maintenir des investissements.

La position de Belgacom, par contre, sera renforcée : elle bénéficiera des diminutions de tarifs et son incitation à investir ne sera pas affectée, même si elle est tenue de répercuter cette baisse de tarifs de terminaison sur les prix de détail, étant donné que cette répercussion restera de toute façon partielle (uniquement pour les tarifs fixe vers mobile).

A cet égard Mobistar critique le fait que la décision ne tienne pas compte des économies d'échelle, de l'intégration des activités fixes et mobiles et de la position dominante de Belgacom en tant qu'opérateur fixe.

Les intérêts des consommateurs se trouveraient également affectés, suite à la réduction de la pénétration du marché qui interviendra : Mobistar devra compenser au moins partiellement la perte de revenus au niveau des tarifs de terminaison par une augmentation de ses tarifs pour d'autres services.

Le choix des consommateurs sera également restreint: particulièrement les utilisateurs de cartes pré-payées (qui reçoivent plus d'appels qu'ils n'en émettent) deviendront moins intéressants et par conséquent des offres de cartes pré-payées disparaîtront.

Ce même effet affectera également l'entrée sur le marché des MVNO, qui s'adressent principalement à des consommateurs modestes.

Enfin, la méthode LRIC pure ne favorise pas une concurrence non faussée étant donné qu'il n'est pas prouvé que la régulation mette les opérateurs sur pied d'égalité : les asymétries dans les parts de marché restent significatives, ce qui entraîne des différences économiques d'échelle considérables.

21. En ce qui concerne à la proportionnalité des remèdes, Mobistar voit une violation de ce principe dans l'adoption de la méthode LRIC, en ce que son application ne constitue pas une mesure appropriée, nécessaire et non-démesurée.

La diminution de 9,02 eurocents en juillet 2010 à 1,08 eurocents en janvier 2013 est selon Mobistar démesurée par rapport aux objectifs poursuivis, c.à.d. remédier au problème concurrentiel relevé. Elle indique à cet égard que ce tarif ne prend pas en compte la partie majeure des coûts efficaces intrinsèquement liés à la prestation de terminaison.

Elle critique également le manque de fiabilité de la méthodologie LRIC par rapport à la méthode LRAIC+ lorsqu'il s'agit de calculer des coûts dans le secteur des télécommunications, et cite à ce propos des considérants de la décision même.

22. La violation du principe de non-discrimination découle selon Mobistar du fait que l'application de la méthode LRIC pure aux opérateurs mobiles pour déterminer les tarifs de terminaison dans le but d'éviter une discrimination par rapport aux opérateurs fixes, instaure une discrimination dès lors que ces deux classes d'opérateurs sont confrontées à des structures de coûts différents.

Le réseau fixe comporte une partie qui est spécifique aux abonnés individuels ce qui permet aux opérateurs de ces réseaux de récupérer leurs coûts de réseau via les tarifs d'abonnements. Il en est autrement pour les réseaux mobiles : les coûts de ces réseaux sont entièrement partagés entre tous les abonnés. Ces coûts ne sont pas récupérables par les opérateurs mobiles dans la mesure où ils sont exclus de la base de calcul des tarifs de terminaison en raison de la méthode LRIC.

23. Mobistar invoque également que la décision ne motive en rien pourquoi la méthode de calcul des coûts choisie serait la mieux appropriée à rencontrer les objectifs du cadre réglementaire au regard de la situation sur le marché belge.

Elle dénonce notamment que l'IBPT se borne à invoquer la Recommandation de la Commission européenne, qui prône l'application de la méthode LRIC pure.

24. Quant aux modalités d'application des remèdes, Mobistar estime que la mise en place du glide path est décidée en violation des principes de proportionnalité et de sécurité juridique et du devoir de motivation.

Le changement du modèle de calcul des coûts, partant d'un modèle LRAIC+ basé sur les coûts de chaque opérateur dans une approche 'top down', et aboutissant à un modèle LRAIC+ 'bottom up', dans le mois de la décision ne laisserait pas assez de temps aux opérateurs pour s'adapter.

La chute très importante des tarifs que la décision provoque mettrait notamment en danger les investissements déjà planifiés.

La durée du glide path accordé serait également trop courte, vu qu'elle n'empêche pas la chute 'vertigineuse' que l'IBPT estime lui-même devoir éviter en raison du risque d'effet disruptif sur les activités. Elle indique à cet égard que le tarif pour Mobistar passe en deux ans et demi de 9,01 eurocents à 1,08 eurocents par minute.

25. Enfin, Mobistar estime que la symétrie tarifaire, qui impose l'alignement des tarifs des trois opérateurs, est incompatible avec une concurrence non-faussée et le principe de non-discrimination.

A cet égard elle invoque que, dès lors que Belgacom jouit d'une position concurrentielle avantageuse par rapport aux deux autres opérateurs mobiles, et a abusé de sa position dominante pendant des années, les tarifs arrêtés pour Belgacom ne peuvent être imposés aux deux autres opérateurs.

L'égalité des chances se trouvant compromise par une concurrence faussée, Mobistar voit dans la symétrie également une discrimination.

#### Le cadre réglementaire général.

26. Au niveau du cadre européen, la base légale de la décision est cernée notamment par les quatre directives adoptées le 7 mars 2002 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne et une directive adoptée le 12 juillet 2002.

Il s'agit des directives 2002/19/CE (directive 'accès'), 2002/20/CE (directive 'autorisation'), 2002/21/CE (directive 'cadre'), 2002/22/CE (directive 'service universel') et 2002/58/CE (directive 'vie privée et communications électroniques').

Ces cinq directives ont été modifiées par les directives 2009/136/CE et 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, qui sont entrées en vigueur le 18 décembre 2009 et dont le délai de transposition expire le 25 mai 2011.

Font également partie du même cadre normatif européen et actuellement toujours pertinent : la directive 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, les lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse de marché et

l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03), ainsi que les Recommandations de la Commission européenne des 17 décembre 2007 et 7 mai 2009.

Les lignes directrices (2002/C/165/03) 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 et article 14.2 de la directive «cadre»).

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

La Recommandation du 7 mai 2009 (2009/396/CE) porte sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE.

27. L'article 15 de la directive «cadre» charge la Commission européenne d'établir une recommandation 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 2007/879/CE du 17 décembre 2007, la Commission européenne a identifié sept marchés relevant de ce secteur susceptibles de faire l'objet d'une régulation. La décision attaquée analyse le septième de ces marchés indiqués à l'annexe de cette recommandation.

L'article 16 de la directive «cadre» invite les 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.

L'article 19.1 de cette même directive dispose que «lorsque la Commission, statuant conformément à la procédure visée à l'article 22, paragraphe 2, adresse des recommandations aux Etats membres relatives à l'harmonisation de la mise en oeuvre des dispositions de la présente directive et des directives particulières dans la poursuite des objectifs établis à l'article 8, les Etats membres veillent à ce que les autorités nationales tiennent le plus grand compte de ces recommandations dans l'exercice de leurs tâches.»

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

Quant à la façon de calculer les coûts efficaces, la recommandation préconise de les fonder sur les coûts actuels et de

recourir à une approche de modélisation ascendante basée sur les coûts différentiels à long terme (LRIC). Ceci n'empêche pas que les ARN comparent les résultats de l'approche de modélisation ascendante avec ceux d'un modèle descendant qui utilise des données vérifiées afin de contrôler les résultats et d'accroître leur fiabilité, et de procéder en conséquence aux ajustements nécessaires.

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

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

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

29. Au niveau national la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques transpose en droit belge les quatre premières directives précitées.

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 »*.

La loi du 13 juin 2005 ne définit pas la notion d'orientation des prix en fonction des coûts, ni la notion de prestation efficace. Elle ne présente à cet égard pas de carence par rapport au cadre réglementaire européen.

#### Quant à la demande incidente formulée par Belgacom.

30. Belgacom se plaint de ce que KPN GB et Mobistar ont établi une version non-confidentielle de leurs conclusions dans laquelle certains passages à caractère confidentiel sont masqués et qu'une même pratique a été suivie par KPN GB pour certains documents à caractère confidentiel.

Elle argumente que cette pratique est incompatible avec l'article 740 du Code judiciaire et s'estime lésée au regard du principe du contradictoire en général.

S'agissant selon elle d'un abus de droit manifeste, elle demande que lesdits passages et pièces soient écartés du délibéré.

31. 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 », modifiée par la loi du 31 mai 2009, dispose que : « *Pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles qui ne sont pas traités par ce chapitre les dispositions du Code judiciaire relatives à l'appel sont d'application.* »

L'article 2 § 5 de la même loi prescrit : « *La cour d'appel veille à ce que la confidentialité du dossier transmis par l'Institut soit préservée tout au long de la procédure devant la cour.* »

32. Il suit de ces principes que les prescrits du Code judiciaire relatifs à l'instruction et au jugement contradictoires, en ce qu'ils traitent de la communication des pièces et des conclusions, ne s'appliquent dans le présent litige que dans la mesure où le respect de la confidentialité du dossier administratif ne s'y oppose pas.

L'article 2 § 5 consacrant le principe de la préservation du caractère confidentiel des pièces, il s'applique également aux pièces à conviction versées aux débats par les parties ayant un intérêt pour former un recours ou pour y intervenir.

33. Les parties délimitent elles-mêmes l'ampleur du caractère confidentiel des pièces, à charge pour la cour de veiller à la proportionnalité des conséquences de cette exception à la règle du contradictoire par rapport au but poursuivi.

L'exception de confidentialité sera disproportionnée lorsque les inconvénients procéduraux qu'en éprouve la partie qui la conteste du point de vue de l'efficacité de l'argumentation qu'elle entend développer, doivent être considérés comme déraisonnables par rapport à ceux qui découlent de la levée de la confidentialité.

Dès lors que la confidentialité réclamée semble raisonnablement justifiée, il incombe à la partie qui demande de la lever d'indiquer concrètement en quoi elle s'en trouverait lésée.

34. Dans le cas d'espèce la cour a statué par son arrêt du 14 septembre 2010 notamment sur l'accès à des pièces contenant des données confidentielles.

Dès lors que Belgacom en sa qualité de partie intervenante n'est pas la destinataire ni la bénéficiaire des mesures qui ont été décidées sur cette question, elle n'est pas en droit de soutenir que ces mesures ne sont pas respectées à son égard.

Par ailleurs Belgacom reste en défaut d'indiquer en quoi l'effacement de certaines données, dont elle ne conteste du reste pas le caractère confidentiel, et leur non remplacement par des fourchettes de chiffres, compromettent concrètement ses droits procéduraux du point de vue de l'efficacité de son argumentation.

35. En outre il y a lieu d'observer que Belgacom n'est pas demanderesse en suspension à titre principal dans le cadre d'un de ses propres recours et qu'en tant que partie intervenante elle n'a dans le cas d'espèce d'autre vocation que de soutenir la partie défenderesse.

L'IBPT disposant de toutes les données confidentielles au niveau du dossier administratif et ne soutenant pas que les données confidentielles complémentaires versées aux débats entravent ses droits de défense, Belgacom n'a pas d'intérêt légitime pour demander l'écartement des pièces et passages des conclusions incriminées.

36. La demande de Belgacom est rejetée.

#### Quant aux conditions légales de la mesure de suspension.

37. L'article 254, alinéa 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours dispose notamment que : « *La cour d'appel peut toutefois, à la demande de l'intéressé et par décision avant dire droit, suspendre, en tout ou en partie, l'exécution de la décision de l'Institut et ce, jusqu'au jour du prononcé de l'arrêt* ».

Le troisième alinéa du même article dispose : « *La suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de la décision sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de la décision risque d'avoir des conséquences graves pour l'intéressé.* »

38. Il se déduit en général dudit article 4 alinéa 2 que la procédure en suspension ne peut être confondue avec celle des mesures provisoires.

La loi n'a pas habilité la cour à ordonner des mesures provisoires en vue de régler la situation des parties dans l'attente d'une décision sur la demande d'annulation, ni dans le cadre d'une demande préalable de suspension de cette décision, ni par une autre voie.

39. Ensuite, se rapportant à une mesure avant dire droit, le contentieux de la suspension se distingue nettement de celui de l'annulation au regard de l'examen des griefs et moyens formulés par les parties.

Le moyen sérieux ne se confond pas avec le moyen fondé. Pour qu'un moyen soit considéré comme sérieux au sens de l'article 254, alinéa 3, de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours, il faut qu'il revête une apparence de fondement au terme d'un premier examen des éléments dont la cour dispose à ce stade de la procédure.

Le sérieux d'un moyen ne se confondant pas avec son bien fondé, il n'est pas exclu qu'un moyen qui n'est pas de nature à pouvoir entraîner la suspension d'un acte attaqué, puisse ultérieurement servir de fondement à son annulation.

Dès lors que l'examen du caractère sérieux ne peut revêtir qu'un caractère provisoire, il ne permet pas à la cour d'entrer dans tous les détails des griefs et moyens et des éléments de fait du dossier.

40. Quant au risque de conséquences graves, l'article 4 alinéa 3 de la loi prescrit qu'il doit être apprécié à la lumière de la situation qui résulte de la décision au cas où la suspension de son exécution immédiate ne serait pas ordonnée.

Avant sa modification par la loi du 31 mai 2009, l'article 2 ne précisait pas les conditions d'une éventuelle suspension, et ces conditions avaient été progressivement élaborées par la jurisprudence. L'objectif de la modification introduite par la loi du 31 mai 2009 a été essentiellement de clarifier différents aspects des procédures de recours contre les décisions de l'IBPT, plutôt que de modifier ces procédures (voir projet de loi, doc. parl., *résumé* et *exposé des motifs*, Ch., 52/1814/01, pp. 3 et 4). La jurisprudence antérieure de la cour quant à cette condition de suspension garde donc généralement sa pertinence.

41. Les critères suivants peuvent être utilisés pour apprécier l'existence des "conséquences graves" visées par la loi.

**(a) Importance et nature du préjudice**

Le préjudice invoqué pour justifier la suspension doit être grave, c'est-à-dire d'une ampleur significative. Il doit en outre être difficilement réparable par une éventuelle annulation ultérieure, c'est-à-dire qu'il doit y avoir urgence.

Un préjudice purement financier est en général insuffisant, parce qu'il est susceptible de réparation sous la forme d'une indemnisation ultérieure, sauf par exemple s'il risque entre-temps de provoquer la faillite de l'entreprise ou une perte durable de parts de marché.

Le préjudice doit se mesurer en faisant l'hypothèse que la décision attaquée sera annulée à l'issue de la procédure au fond, et en tenant compte de la durée probable de cette procédure. La décision n'entraînera donc par hypothèse plus aucun préjudice direct après l'arrêt rendu au fond, puisqu'elle aura cessé de s'appliquer, mais il faut néanmoins tenir compte des éventuelles conséquences qui perdureraient malgré l'annulation (en l'espèce, par exemple, les tarifs imposés par l'IBPT n'entraîneront plus aucun coût direct une fois qu'ils auront le cas échéant été annulés, mais l'annulation n'entraînera pas la récupération des clients qui auraient été perdus dans l'intervalle).

**(b) Pertinence quant aux motifs d'annulation.**

42. Les conséquences graves d'une décision ne peuvent en justifier la suspension que dans la mesure où elles sont pertinentes quant à la prétendue illégalité de la décision.

Une décision de l'IBPT, particulièrement en matière de tarification, aura souvent des conséquences graves pour les opérateurs concernés, voire même aura pour but légitime de provoquer ces conséquences. Lorsque les conséquences graves d'une décision se seraient produites en toute hypothèse, même si la décision avait été corrigée des motifs d'illégalité invoqués, ces conséquences graves sont sans pertinence quant à la prétendue illégalité et il n'y a pas lieu de prononcer la suspension.

Il faut donc mesurer le préjudice subi par le requérant en comparant la situation qui résulte de la décision attaquée à celle qui aurait prévalu si la décision avait été prise légalement, plutôt qu'à celle qui aurait prévalu en l'absence d'aucune décision - ceci sous réserve du cas où les motifs d'illégalité affectent la décision de manière tellement fondamentale (qu'il s'agisse par exemple d'une question de formalités substantielles, ou d'une erreur de fond qui affecte l'objet même de la décision) qu'il n'est pas possible de faire l'hypothèse d'une décision alternative légale.

### **(c) Balance des intérêts**

43. La suspension ne peut être prononcée que si la balance des intérêts le justifie: les conséquences graves qui résulteraient pour le requérant de l'application immédiate de la décision, à supposer qu'elle soit ultérieurement annulée, doivent être pires que celles qui résulteraient de sa suspension, à supposer que la demande d'annulation soit ultérieurement rejetée. Cette appréciation rejoint celle du degré de sérieux des arguments d'annulation présentés et du degré de probabilité que la décision soit ou non annulée en fin de compte.

La cour doit également avoir égard aux conséquences d'intérêt général d'une suspension, compte tenu des objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et notamment de l'intérêt des utilisateurs en termes de choix, de prix et de qualité.

### Quant aux demandes de KPN GB.

44. Il ressort des conclusions additionnelles et de synthèse de KPN GB qu'elle demande à la cour deux mesures spécifiques de suspension partielle à ordonner concomitamment à titre principal, ou une mesure générale à titre subsidiaire.

En effet, elle demande à titre principal de suspendre la décision en ce que celle-ci lui impose d'appliquer les tarifs prévus pour elle dans le glide path et en même temps, ou comme alternative, de la suspendre en ce qu'elle autorise ses concurrents Belgacom et Mobistar d'appliquer les tarifs fixés pour eux dans le glide path.

Concrètement elle vise donc, par le biais de la suspension, à faire retirer dans tous les cas à Belgacom et Mobistar le bénéfice du glide path, que ce dernier reste en vigueur ou non en ce qui la concerne.

Au cas où la cour n'accède pas à une des ces demandes, elle demande d'ordonner la suspension de la réglementation tarifaire prévue dans la décision, dans son ensemble.

45. Dans les trois hypothèses de suspension éventuelle, elle demande également d'assortir la suspension de la décision d'une injonction, soit à l'égard de ses concurrents, soit à l'égard de l'IBPT.

En effet, si la cour devait accéder à une des demandes faites à titre principal, KPN GB demande :

- dans le cas où les tarifs lui imposés sont suspendus, d'ordonner à l'IBPT de procéder à une nouvelle évaluation des coûts de KPN GB conformément aux principes dégagés par la cour et de déterminer les tarifs applicables sur cette base à titre provisoire ;

- dans le cas où les tarifs autorisés à Belgacom et Mobistar sont suspendus, d'imposer à ces parties, à titre provisoire, d'appliquer à partir du 1<sup>er</sup> août 2010 le niveau de charge de terminaison maximum de 1,08 eurocents, correspondant au niveau LRIC pur tel que calculé par l'IBPT ou tout autre tarif LRIC pur à déterminer par l'IBPT conformément aux principes dégagés par la cour.

Par contre, si la cour devait rejeter les demandes au principal, elle demande de suspendre la réglementation par mesure générale, « à charge pour l'IBPT d'adopter une nouvelle réglementation tarifaire qui se conformerait aux exigences de validité posées par l'arrêt [...] à intervenir dans le présent dossier ».

KPN GB a précisé que l'objet de sa demande est une suspension assortie d'une injonction ou d'une réformation imposant une réduction immédiate des tarifs de Belgacom et Mobistar au niveau de 1,08 eurocents, et qu'elle ne demande pas une suspension non assortie de telles mesures d'accompagnement (voir point 617 de ses conclusions additionnelles et de synthèse).

46. Il suit de la portée de ces demandes de suspension que la cour ne pourrait pas y faire droit sans décider en même temps ou bien qu'il y a lieu de remplacer la décision suspendue par une autre et dans ce cas de déterminer suivant quels principes le régulateur doit y procéder, ou bien d'imposer provisoirement à Belgacom et Mobistar soit le tarif de 1,08 eurocents, soit le tarif que l'IBPT aura à déterminer suivant les principes retenus par elle.

La procédure en suspension reposant sur une instruction avant dire droit, la cour ne saurait faire droit à une quelconque demande qui tend à dégager des principes pertinents de calcul de tarifs ou à imposer elle-même des tarifs provisoires.

En outre il ne revient pas à la cour, même pas dans le cadre de la décision au fond sur les moyens, d'enjoindre au régulateur de prendre une décision déterminée.

Dès lors que ces demandes ne sont pas limitées à la suspension pure et simple et de ce fait excèdent les pouvoirs de la cour, celle-ci ne saurait y faire droit.

47. L'examen des moyens présentés par KPN GB ne pouvant mener à l'octroi d'une mesure que la cour serait habilitée à prendre dans le cadre d'une procédure en suspension, il n'y a pas lieu d'examiner leur apparence de fondement.

Quant à la demande de Mobistar.

**a) En ce qui concerne le caractère sérieux de moyens.**

48. Le moyen relatif à la caractérisation déficiente du marché de détail, tiré de l'analyse insuffisante du marché de la téléphonie mobile et de celui de la téléphonie fixe, reproche à l'IBPT d'avoir omis de caractériser adéquatement le marché de détail (notamment au niveau des offres convergentes des opérateurs fixes et mobiles) et de dûment prendre en compte un certain nombre d'évolutions qui sont pertinentes selon Mobistar.

Il y a lieu tout d'abord de relever que l'IBPT n'est plus tenu de définir formellement ni d'analyser au préalable le ou les marchés de détail en aval lorsqu'un marché de gros a déjà été recensé par la Commission européenne comme un marché susceptible de régulation ex ante.

Quand bien même il devrait être admis que les remèdes imposés sur le marché de gros doivent également se justifier au regard des déficiences concurrentielles sur les marchés de détail en aval, il s'impose de constater que l'IBPT a pris soin d'y prêter attention.

49. En effet, il ressort de la motivation de la décision attaquée (notamment les numéros 97, 125, 167, 181, 218-222, 225, 226, 250, 259, 365) que l'IBPT a consacré maintes considérations largement élaborées aux points soulevés par Mobistar au niveau du marché de détail pertinent, tant en ce qui concerne sa définition que ses évolutions.

Ensuite la décision se livre explicitement à une analyse des évolutions et de leur incidence au niveau de la substituabilité.

Dès lors il ne peut être soutenu de prime abord que la décision n'aurait pas suffisamment eu égard auxdits aspects pertinents.

Pour le surplus l'appréciation du degré de sérieux des différentes critiques formulées à l'encontre des arguments retenus par l'IBPT relativement à l'analyse dudit marché en aval nécessite un examen qui dépasse les limites d'une appréciation prima facie.

50. La motivation de la décision rencontre également de façon précise différentes thèses développées relativement à l'interpénétration du marché, à la convergence fixe/mobile et aux offres combinées, et à la concurrence entre opérateurs fixes et mobiles.

A cet égard une carence manifeste de motivation ne peut pas être constatée.

Par ailleurs, les critiques formulées par Mobistar reposent sur un point de vue différent de celui de l'IBPT par rapport auxdits aspects, mais ne sont pas susceptibles d'emporter à première vue et sans détours la conviction que le cadre réglementaire, la définition du marché ou sa caractérisation s'opposent à l'appréciation de l'IBPT quant à son intervention régulatoire en tant que telle sur le marché concerné.

51. Le moyen relatif au contrôle des prix, en tant qu'il porte sur le choix de la méthodologie tarifaire LRIC pure, a trait en substance à la violation du principe de l'orientation sur les coûts.

Il reproche à la décision d'avoir enfreint, en faisant le choix de ladite méthode, les objectifs d'efficacité économique, d'une concurrence sectorielle durable non faussée, des investissements efficaces en matière d'infrastructures et de l'innovation, des avantages pour le consommateur et du développement du marché intérieur.

Il affirme également que ce choix n'apporte pas une solution proportionnée aux problèmes concurrentiels à remédier.

52. La cour relève d'abord que, face à une multitude d'objectifs à réaliser, qui parfois peuvent revêtir un caractère contradictoire et dont l'importance est variable en fonction de l'évolution de l'environnement à réguler, la tâche de l'IBPT consiste essentiellement à concilier raisonnablement l'ensemble de ces objectifs.

Partant, elle ne peut qu'assumer une obligation de moyen à cet égard, le critère permettant de déterminer une illégalité étant celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

53. La notion d'orientation sur les coûts, introduite par le droit communautaire dans le cadre de la libéralisation de secteurs économiques, revêt un caractère méthodologique.

Elle vise à assurer que lorsque des coûts doivent être pris en considération, il ne peut s'agir que des coûts d'une prestation efficace, y compris un retour sur investissement raisonnable.

Dès lors, il n'est pas a priori exclu que le régulateur national puisse exclure certains coûts (considérés comme inefficaces ou non pertinents) du modèle qu'il utilise, sans violer le principe en question. En revanche, le choix d'un modèle de coûts semble incompatible avec ce principe directeur s'il conduit à l'application de prix trop élevés par rapport à la structure de prix d'un opérateur, ou si ce modèle devait l'obliger de vendre à perte.

54. La cour a déjà considéré, lors d'autres litiges, que la méthode LRIC est reconnue internationalement comme étant en pratique la meilleure approximation du concept théorique de coût marginal, et comme étant optimale pour atteindre l'efficacité économique.

Il n'est pas contesté que l'application stricte de la méthodologie LRIC pure - qui ne prend en compte que les coûts incrémentaux évitables

- a pour effet qu'une partie importante des coûts comptabilisés précédemment dans le modèle LRAIC+ ne pourront plus être récupérés par le biais des tarifs MTR.

Toutefois, il s'agit là d'une application conforme au principe directeur de la Recommandation de la Commission européenne (2009/396/CE).

55. Mobistar conteste le caractère obligatoire de cette recommandation, mais force est de constater que l'article 19.1 de la directive cadre impose que les ARN tiennent le plus grand compte de cette recommandation.

Quand bien même le juge national pourrait, dans le cadre de mesures avant dire droit, suspendre l'effet d'une décision réglementaire nationale qui est en soi conforme à une norme communautaire en raison d'une apparence d'illégalité de cette norme communautaire, il n'en reste pas moins qu'une telle mesure ne peut être envisagée que dans les conditions du référé devant la CJUE et uniquement en vue d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire (CJUE, arrêt du 21 février 1991, aff. 143/88 et C-92189, *Zuckerfabrik*, Rec. 1991, p. 1-415, § 32).

Eu égard au fait que la méthode LRIC est internationalement reconnue, la cour ne saurait considérer au provisoire que la recommandation 2009/396/CE paraît illégale en tant qu'elle prescrit l'application de cette méthode, et ainsi l'écarter du cadre normatif à respecter. D'autres ARN ayant retenu également la méthodologie LRIC pure - par ailleurs sans être critiqués de ce chef par les opérateurs, par exemple en France - l'obligation d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire ne semble pas requérir non plus que la cour procède à l'écartement immédiat de ladite recommandation.

56. Dès lors, dans la mesure où Mobistar expose que le choix de la méthode LRIC pure est en soi incompatible avec l'orientation sur les coûts, ce moyen requiert une analyse qui excède les limites d'un examen prima facie.

La critique relative à l'exclusion des coûts communs et conjoints se rattachant directement au choix de la méthodologie LRIC, elle est privée également du caractère sérieux nécessaire pour pouvoir justifier une mesure de suspension.

La violation du principe d'efficacité étant déduite de l'exclusion des coûts communs et conjoints et le moyen étant basé en cela sur la thèse que la théorie économique relative à la faible élasticité de la demande de services de terminaison mobile pousserait à inclure dans les tarifs de terminaison au moins une partie des coûts indirects, cette critique recoupe également le grief relatif au choix même de la méthodologie LRIC pure.

Il en est de même du grief relatif au défaut d'une approche verticalement désintégrée des services régulés, qui participe de la même mise en cause du choix de la méthode LRIC pure et qui tend à faire admettre qu'en vertu du cadre réglementaire l'opérateur a le droit de faire supporter une partie des coûts communs historiques par tous les services prestés.

Par conséquent l'ensemble de ces griefs excède le cadre des moyens qui pourraient être pris en considération en vue d'une mesure de suspension de la décision attaquée.

57. Mobistar objecte également qu'en raison d'une interprétation erronée de la recommandation 2009/396/CE faite par l'IBPT au sujet des coûts incrémentaux à prendre en compte, certains coûts évitables liés à la capacité d'acheminement du trafic ont été à tort exclus du calcul.

Il en serait ainsi entre autres des coûts liés au spectre, dont Mobistar estime qu'une partie proportionnelle au trafic entrant devrait être qualifiée de coûts évitables liés au trafic.

58. Suivant la Recommandation, les coûts évitables correspondant à la fourniture en gros de la terminaison d'appel doivent être déterminés en ignorant les coûts non liés au trafic (considérant 14).

Sont considérés comme liés au trafic, les coûts fixes et variables qui augmentent avec le niveau de trafic.

Dans l'annexe à ladite Recommandation, il est notamment précisé à cet égard que sont à inclure dans la prestation supplémentaire de terminaison d'appel, entre autres coûts, la capacité de réseau supplémentaire nécessaire pour acheminer le surplus de trafic de terminaison d'appel en gros. Il y est précisé également : *'En outre, lorsque certains éléments de réseau sont partagés afin de fournir des services de départ et de terminaison d'appel, comme les stations mobiles ou de base, ces éléments seront inclus dans le modèle de calcul des coûts de terminaison dans la mesure où ils sont nécessaires du fait de la capacité supplémentaire exigée pour des tiers acheminent le trafic de terminaison d'appel.'*

La décision attaquée énonce (n° 366 et 369) que les seuls coûts incrémentaux évitables et récupérables sur les tarifs MTR, sont ceux *'strictement, directement et causalement liés à la seule fourniture du service de terminaison d'appel vocal'*.

59. De prime abord, il pourrait se déduire des termes utilisés par l'IBPT que le concept de coûts de réseau liés au trafic qu'il a retenu est plus strict que celui prôné par la Recommandation, qui utilise le critère de nécessité du coût par rapport à la capacité supplémentaire.

S'agissant d'une norme communautaire pouvant donner lieu à des pratiques régulatrices qui ne sont ni forcément univoques, ni indiscutables, la question de savoir si le critère avancé par l'IBPT s'en écarte, requiert interprétation de la norme.

Partant, l'appréciation de ce grief excède le cadre d'une appréciation d'avant dire droit.

60. Quant à l'obligation de permettre un rendement sur investissements raisonnable, Mobistar ne conteste pas que tant la méthodologie LRIC pure que la méthodologie LRAIC+ permettent une

rémunération du capital engagé, mais elle estime que dans le calcul LRIC pur, cette rémunération reste insuffisante.

Toutefois elle soutient qu'elle a engagé un capital spécifique à la terminaison d'appel beaucoup plus important que ce que l'IBPT semble admettre, et estime par ailleurs que la terminaison d'appel ne peut être isolée de l'activité de téléphonie mobile en général, qui repose notamment sur la possibilité de terminer les appels vocaux. Ses investissements auraient été faits spécifiquement en vue d'assurer la terminaison d'appel vocal sur son réseau.

Mais à défaut de données précises et chiffrées portant sur des investissements spécifiques en vue de la terminaison d'appel, la cour ne dispose pas d'éléments pouvant étayer la thèse que l'IBPT aurait à tort écarté certains investissements du calcul.

61. En ce que Mobistar invoque la violation de l'objectif d'une concurrence non faussée, elle soutient que l'application de la méthodologie LRIC pure se heurte à la promotion de la concurrence, ce qui affectera tant la position concurrentielle des opérateurs que les intérêts des consommateurs au niveau du marché de détail.

Elle se plaint de ce que la perte importante de revenus financiers et la diminution des marges atteint gravement sa position concurrentielle, notamment par rapport à l'opérateur historique, de par l'affaiblissement de sa structure financière et de sa capacité d'investissement dans de nouveaux produits.

Les données communiquées sous le bénéfice de la confidentialité indiquent que la diminution des revenus nets générés par l'activité de la terminaison d'appels est effectivement considérable.

62. Il découle des directives cadre (article 8§§1 et 2) et accès (articles 5, §1 en 13§2) que le cadre réglementaire a notamment pour objectif de favoriser une concurrence durable et que les ARN doivent tenir le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation soit neutre au niveau technologique.

Dans cette perspective la Commission européenne (Recommandation 2009/396/CE) estime que les tarifs réglementés de terminaison d'appel doivent être ramenés dès que possible au niveau des coûts d'un opérateur efficace. Elle considère à cet égard que plus les tarifs de terminaison d'appel s'écartent du coût différentiel, plus les distorsions de concurrence entre les marchés de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile, ou entre opérateurs ayant des parts de marché et des flux de trafic asymétriques, sont grandes. Un des objectifs de la Commission consiste à réduire les charges de terminaison comme sources de subventions croisées vers d'autres services et notamment vers les services de détail.

63. La décision attaquée indique que les tarifs de charge de terminaison ont toujours été et restent très élevés, et qu'en tant que deuxième entrant sur le marché Mobistar a bénéficié et bénéficie encore d'un régime exceptionnel de faveur qui ne peut perdurer.

Elle motive également de façon circonstanciée (n° 365) que l'application de la méthode LRIC pure est nécessaire pour éliminer certaines défaillances concurrentielles qui résultent des tarifs de terminaison trop élevés, notamment au niveau de la réduction de l'écart artificiel entre tarifs de terminaisons fixes et mobiles.

Force est également de constater que la décision prend soin d'imposer à l'opérateur historique de répercuter les baisses de tarifs de terminaison sur les tarifs de détail, et une obligation de non-discrimination qui tend à pallier la pratique des subventions croisées.

64. Il ressort de l'ensemble de ces considérations que le moyen de Mobistar - qui reproche en réalité à la décision de favoriser la position de l'opérateur historique - traduit surtout des craintes pour sa propre situation - qui ne sont par ailleurs pas corroborées par les informations optimistes qu'elle répand dans le public - plutôt qu'il ne démontre que la prévision d'effets positifs globaux à terme sur la concurrence serait manifestement erronée.

Il s'ensuit qu'à première vue la conclusion tirée par Mobistar, selon laquelle l'application de la méthode LRIC pure aurait un effet incompatible avec le principe d'une concurrence non faussée sur le marché belge, ne s'impose pas.

65. En ce que Mobistar avance comme moyen la violation des principes de proportionnalité et de non-discrimination et de l'obligation de motivation, il y a lieu de considérer ce qui suit.

Mobistar déduit la violation du principe de proportionnalité du fait que la méthode LRAIC+ peut sortir des effets similaires à ceux de la méthode LRIC, alors que celle-ci n'engendre pas les mêmes inconvénients pour les opérateurs et les consommateurs.

A cet égard, la décision attaquée explique (n° 327) que le niveau tarifaire qui résulterait de l'application de la méthode LRAIC+ ne rencontrerait pas au mieux l'objectif de tendre graduellement vers le niveau (unique) des coûts d'un opérateur efficace qui opère sur un marché en concurrence effective. La décision contredit donc l'argumentation de Mobistar selon laquelle les deux méthodes peuvent sortir des effets similaires, et ne paraît pas manifestement erronée à cet égard.

66. Les données auxquelles la cour peut avoir égard ne permettent pas non plus de constater d'emblée que les opérateurs sont clairement confrontés à des structures de coûts objectivement différents, qui échappent à leur prise, au point que l'IBPT ne pourrait pas raisonnablement poursuivre un rapprochement des tarifs de terminaison.

En outre, si le souci de rapprocher les tarifs est légitime du point de vue concurrentiel, il va de soi que le principe de non-discrimination ne

pourrait pas s'opposer à ce que des différences dans des structures de coûts qui compliquent se rapprochement soient abolies et dès lors considérées comme dépourvues de pertinence.

67. Ensuite, au vu des pièces du dossier administratif, on ne peut déceler dans l'application du modèle LRIC des erreurs de calcul manifestes d'une ampleur qui serait de nature à énerver la fiabilité des résultats obtenus.

Il ne suffit pas non plus de constater qu'il existe des études spécialisées qui se contredisent sur les effets attendus d'un modèle pour en conclure, sans autre examen approfondi, qu'une étude qui a servi de base au raisonnement de l'IBPT (notamment celle de Scott Marcus) manquerait d'objectivité ou de sérieux.

68. Enfin, Mobistar estime que la partie du remède tarifaire qui concerne la mise en place du glide path se heurte au principe de proportionnalité et de sécurité juridique d'une part et est décidée en violation de l'obligation de motivation d'autre part.

En ce que la critique vise la circonstance que le glide path impose une baisse de tarifs brusque de 50% applicable dans le mois de la décision attaquée, le moyen est de toute façon inadéquat pour fonder une mesure de suspension.

La première phase du glide path qui commençait à courir à partir du 1<sup>er</sup> août 2010 a en effet pris fin depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

69. En ce que Mobistar critique la durée du glide path et ses modalités, il échet de considérer que la Commission européenne recommande (2009/396/CE) de ramener dès que possible les tarifs au niveau des coûts d'un opérateur efficace.

La situation de départ étant que les opérateurs n'avaient plus subi aucune diminution de tarif depuis juillet 2008, il ne semble pas déraisonnable de prime abord qu'après deux ans de statu quo, un rattrapage ait été nécessaire.

Une comparaison avec le glide path instauré en 2006 montre que les différences en chiffres absolus à absorber sont similaires à celles résultant du glide path applicable à partir du 1<sup>er</sup> août 2010 :

2006 : de 15,98 €cents vers 8, 21 €cents en 24 mois : différentiel = 7,77

2010 : de 9,02 €cents vers 1,08 €cents en 30 mois : différentiel = 7,94

Le mécanisme mis en place semble en tous cas conforme aux principes en ce qu'il est précis et définit des plafonds obligatoires échelonnés pendant la période réglementaire.

Il semble également répondre à l'obligation de ne pas retarder indûment l'atteinte du but poursuivi.

Etant donné d'autre part que le point d'arrivée du glide path aura eu pour résultat d'avoir laissé bénéficier à Mobistar un régime d'exception de près de dix-sept ans, il semble difficile d'admettre que cette période transitoire ait été trop courte dans son ensemble. Par ailleurs, plus les échelons de la baisse seraient retardés, plus la dernière descente vers le point d'arrivée serait forte.

Par ailleurs, l'IBPT s'est aligné sur la date limite recommandée dans la Recommandation 2009/396/CE (n° 434) par rapport à la durée du glide path. Il ajoute en conclusions qu'il ne voit pas sur la base de quelles caractéristiques spécifiques au marché belge il devrait s'en départir et autoriser un glide path plus long.

70. En ce qui concerne l'objectif même d'instauration de la symétrie, la décision attaquée (n° 197 et 198-200) explique que le maintien du différentiel qui a toujours existé entre Mobistar et l'opérateur historique Belgacom ne se justifie plus au regard des exigences concurrentielles, sur un marché ayant atteint le stade de la maturité, les problèmes que le différentiel a eu pour objectif de corriger ex ante au niveau de segments du marché de détail pouvant être traités sur la base de mesures ex post.

Elle évoque à cet égard notamment l'augmentation des parts de marché des opérateurs alternatifs depuis leur entrée sur le marché il y a plus de dix ans, leur revenu moyen généré par client et leur marge ebitda.

De prime abord cette motivation ne semble pas déraisonnable, d'autant plus que le Commission européenne insiste sur le caractère transitoire de mesures qui permettent à un nouvel entrant de récupérer une plus grande partie de ses coûts différentiels et que Mobistar n'avance pas d'éléments qui permettent de conclure que la situation sur le marché belge serait particulière et structurellement différente de celle qui prévaut dans les autres Etats membres de l'Union européenne.

Mobistar ne conteste par ailleurs pas la conclusion du Berec (Body of European Regulators for Electronic Communications), qui indique qu'elle est le deuxième entrant le plus cher parmi tous les opérateurs européens.

#### **b) En ce qui concerne les conséquences graves**

71. Mobistar affirme que la décision attaquée entraîne pour elle des conséquences graves en ce qu'elle réduira de manière drastique ses revenus, qu'elle renforcera la position concurrentielle de Belgacom et Telenet au détriment de la sienne, et qu'elle affaiblira sa capacité d'investir et de développer des nouvelles offres à sa clientèle.

Mobistar invoque également que la décision attaquée entraînera une réduction considérable de revenus. Elle soumet des simulations montrant, en chiffres absolus et en pourcentages, les réductions de revenus bruts (revenus de terminaison perçus par Mobistar à charge d'autres opérateurs) et d'EBITDA (revenus de terminaison perçus par Mobistar à charge d'autres opérateurs, moins les coûts de terminaison payés par Mobistar aux autres opérateurs). Ces données chiffrées sont

confidentielles et ne sont pour cette raison pas citées ici. L'IBPT ne conteste pas les chiffres avancés par Mobistar.

72. La cour fait les observations suivantes. Il s'impose tout d'abord de constater que l'ampleur des réductions de revenus invoqués par Mobistar est importante. Ceci n'a d'ailleurs rien d'étonnant, puisque les prix à la base de ces revenus doivent passer de 9,02 à 1,08 eurocents par minute. Toutefois:

(-) les simulations soumises par Mobistar mesurent l'impact de la décision par rapport à une situation où le tarif antérieur de 9,02 eurocents serait maintenu indéfiniment. Or cette hypothèse n'est pas plausible. Les tarifs de terminaison ont régulièrement baissé au cours des années et il n'y a aucune raison de croire que cette tendance doive s'arrêter, d'autant plus que le prix de 9,02 eurocents est actuellement parmi les plus élevés dans l'Union Européenne (voir points 393 et 394 de la décision attaquée) et que les données disponibles quant à l'évolution future des tarifs dans l'Union Européenne indiquent des niveaux de prix nettement inférieurs à 9,02 eurocents (point 404 de la décision attaquée).

(-) ces simulations ne font aucune distinction entre les pertes de revenus qui résultent d'une part du remplacement de l'ancienne méthode "LRAIC+ top down" par la méthode "LRAIC+ bottom up" à partir du 1<sup>er</sup> août 2010, d'autre part de la suppression de l'asymétrie tarifaire entre les trois opérateurs, et enfin de l'application progressive à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2011 et complète à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013 de la méthode "LRIC pure". Or ces composantes ne sont chaque fois pertinentes qu'en ce qui concerne une partie des différents moyens d'annulation de Mobistar. Le choix par l'IBPT de la méthode "LRIC pure" est dissociable de sa décision d'imposer à partir de 2013 une symétrie complète entre les opérateurs (l'on peut en effet concevoir aussi bien une approche "LRAIC+ symétrique" mesurée sur la base d'un opérateur hypothétique efficace qu'une approche "LRIC pure asymétrique" où les coûts sont mesurés individuellement pour chaque opérateur - voir les résultats respectifs de ces approches au point 426 de la décision attaquée), et est dissociable également de sa décision sur la durée du glide path.

73. En ce qui concerne le moyen principal, dirigé contre la méthode "LRIC pure", il est sans rapport de pertinence logique avec les pertes de revenus qui résultent de la nouvelle méthode "LRAIC+ bottom up" (soit une réduction de prix de 9,02 à 4,94 eurocents) ou de l'introduction de tarifs symétriques entre les trois opérateurs (hypothèse de la méthode "LRAIC+" mesurée pour un opérateur hypothétique efficace plutôt que pour chaque opérateur individuellement, menant à un tarif de 4,28 eurocents en 2012, voir point 426 de la décision attaquée).

74. Même si la cour avait considéré que chacun des moyens était sérieux, et que l'IBPT aurait donc dû imposer des tarifs basés sur la méthode "LRAIC+", de manière asymétrique, et moyennant une période transitoire plus longue, encore faut-il noter que les simulations soumises par Mobistar ne permettent pas de déterminer la différence d'impact entre

les effets de la décision attaquée et ceux de la décision qui aurait dû être prise.

Les réductions de revenus telles que présentées par Mobistar ne sont donc pas pertinentes quant aux motifs d'illégalité qu'elle invoque. En outre il s'agit ici d'un préjudice purement financier, qui est susceptible d'être réparé ultérieurement par une facturation supplémentaire rétroactive des services de terminaison ou par l'octroi d'indemnités si jamais la décision attaquée devait être annulée.

75. La chute du cours de l'action Mobistar, de l'ordre de 5%, lors de l'annonce du projet de décision de l'IBPT n'est pas concluante. Cette chute de cours n'a été que temporaire, et les informations soumises à la cour ne permettent pas de savoir si la remontée du cours de l'action représente la correction d'une première réaction excessivement négative, ou est due à des facteurs extrinsèques. En outre il est impossible d'individualiser dans quelle mesure cette chute est attribuable aux composantes de la décision attaquée qui résultent respectivement des différents moyens d'illégalité invoqués. Les commentaires d'analystes financiers cités par Mobistar ne sont pas plus concluants, pour les mêmes raisons.

76. Mobistar affirme également que la décision attaquée la force à vendre à perte ses services de terminaison, puisque le prix qu'elle peut facturer pour ceux-ci ne couvre pas la totalité des coûts y relatifs.

Il est exact que le tarif LRIC pur de 1,08 eurocents ne couvre que le coût marginal du service de terminaison, et pas la totalité des coûts. Ceci n'implique toutefois pas une vente à perte : le solde des coûts peut être recouvert à charge du client destinataire de l'appel, plutôt qu'à charge de l'opérateur à l'origine de l'appel. L'un des objectifs de la recommandation de la Commission européenne et de la décision de l'IBPT était précisément de pousser les opérateurs mobiles à récupérer une plus grande partie de leurs coûts sur leurs propres clients plutôt que sur leurs concurrents (voir point 363 de la décision attaquée).

#### 77. Renforcement relatif de Belgacom et Telenet.

Mobistar invoque le fait que la situation concurrentielle actuelle serait déjà déséquilibrée à l'avantage de Belgacom, ce que renforcera encore la décision attaquée. La position d'opérateur historique en téléphonie fixe et de premier entrant en téléphonie mobile donne selon Mobistar des avantages persistants à Belgacom, dont celle-ci a en outre abusé de manière déloyale, ce qui a fait l'objet de condamnations par le Conseil de la concurrence et le tribunal de commerce de Bruxelles. La branche "téléphonie fixe" de Belgacom sera le bénéficiaire de la réduction des tarifs de terminaison mobile, les profits dégagés grâce à cela pouvant être réutilisés par Belgacom pour faire une concurrence déloyale aux autres opérateurs. Belgacom et Telenet pourront, vu l'intégration de leurs différentes activités, commercialiser des offres combinées particulièrement concurrentielles que Mobistar ne sera pas en mesure de reproduire. Toujours selon Mobistar, la pratique des offres combinées permettra en fait à Belgacom d'échapper à l'obligation, imposée par l'IBPT, de

répercuter sur ses tarifs de détail les baisses de tarifs de terminaison. Tout ceci créerait des distorsions de concurrence supplémentaires.

78. Il est vrai que les effets de la décision attaquée sont relativement plus favorables à Belgacom qu'à Mobistar et KPN. Il est d'ailleurs révélateur que, dans le cadre de la présente procédure, Belgacom soutienne la décision de l'IBPT alors que Mobistar et KPN s'y opposent. Toutefois:

(-) l'assertion de Mobistar selon laquelle Belgacom utilisera les profits qui en découlent pour financer des actes de concurrence déloyale envers Mobistar n'est pas démontrée; les abus de position dominante qui ont éventuellement pu être commis dans le passé ne prouvent rien quant au comportement futur de Belgacom. De même, l'assertion que Belgacom contournera l'obligation de répercuter sur le client final les baisses de tarifs de terminaison, obligation qui lui est imposée par des décisions du 11 août 2006 et du 6 novembre 2008 de l'IBPT, n'est pas démontrée (et à supposer même que cela fût vrai, c'est à l'IBPT qu'il appartiendrait de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer cette répercussion, plutôt qu'à la cour de suspendre la baisse des tarifs de terminaison; la balance des intérêts penche ici manifestement dans le sens de l'intérêt des utilisateurs à bénéficier de baisses de prix).

(-) si Belgacom et Telenet sont, plus que Mobistar et KPN, en mesure d'offrir à leur clientèle des offres combinées (c'est-à-dire plusieurs services parmi les catégories "téléphonie fixe", "téléphonie mobile", "télévision" et "internet", offerts pour un prix global ou facturés ensemble), c'est en raison de l'intégration dans leur entreprise de ces différentes catégories d'activités et non en raison de la décision attaquée. Il est vraisemblable, comme l'invoque Mobistar, que des tarifs de terminaison mobile fixés à un niveau très faibles faciliteront le développement de telles offres pour un prix global forfaitaire (parce que le faible niveau des coûts de terminaison réduit le risque qu'un client, par une utilisation intensive d'appels vers des usagers mobiles d'un autre opérateur, génère des coûts externes qui dépassent le forfait payé par ce client ou en absorbe une trop grande partie), et que la décision attaquée renforcera donc l'avantage concurrentiel que Belgacom et Telenet retirent de leur caractère intégré. L'ampleur du phénomène est cependant difficile à estimer, en particulier parce que la composante "téléphonie mobile" semble se prêter moins naturellement à une intégration dans une offre combinée que les trois autres catégories mentionnées ci-dessus (alors que, pour des usagers particuliers, les composantes "téléphonie fixe", "télévision" et "internet" sont souvent rattachées au domicile et couverts par le budget du ménage, la composante "téléphonie mobile" est plutôt individualisée et payée séparément, par exemple lorsqu'il s'agit du portable des enfants payé par leur argent de poche ou du portable professionnel facturé à l'employeur; l'IBPT indique d'ailleurs que les offres groupées comprenant une composante "téléphonie mobile" ne représentent qu'une part minime, inférieure à 4 %, de l'ensemble des offres groupées). Mobistar ne démontre donc pas à suffisance de droit la gravité de son préjudice. En outre, à supposer que ce préjudice fût grave, la balance des intérêts penche ici encore dans le sens de l'intérêt des utilisateurs et il ne se justifierait pas que la cour freine le développement d'offres combinées par hypothèse attrayantes pour l'utilisateur.

79. Capacité d'investissement et de développement commercial.

Mobistar affirme que la décision attaquée et les pertes financières qui en résultent affaibliront sa capacité d'investir et de développer des nouvelles offres à sa clientèle, en particulier en ce qui concerne le développement de services de téléphonie fixe et de télévision qui lui permettraient de proposer des offres combinées concurrençant celles de Belgacom et Telenet. Mobistar évoque quant à ce le lien entre la rétention de ses clients mobiles et la rentabilité de ses activités de téléphonie fixe et de télévision.

80. La cour observe tout d'abord que la décision attaquée ne peut avoir d'effet significatif sur la capacité d'investissement et de développement de Mobistar que dans la mesure où elle a provoqué des réductions de revenus importantes. Or, comme il a été exposé ci-dessus, Mobistar n'établit pas l'ampleur des réductions de revenus qui sont pertinentes quant aux motifs d'illégalité qu'elle invoque.

Dans la mesure où Mobistar chercherait à maintenir la rentabilité de son activité de téléphonie mobile à un niveau qui lui permette de subventionner des activités déficitaires de téléphonie fixe et de télévision, la cour considère que la balance des intérêts ne justifierait de toute manière pas une suspension sur cette base. Un tel mécanisme de subsidiation ne paraît en effet pas conforme à l'intérêt général des utilisateurs mobiles.

Enfin, l'argumentation de Mobistar ne prend nulle part en compte les effets bénéfiques qui sont attendus de la décision sur le développement commercial par les opérateurs de nouvelles offres forfaitaires (voir Commission européenne, Commission staff working document accompanying the Commission recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, Implications for Industry, Competition and Consumers, 7 mai 2009, SEC(2009) 599, § 4.3.5). Or ces effets bénéfiques sont susceptibles de compenser, au moins en partie, les effets négatifs invoqués par Mobistar.

81. Il suit de ce qui précède que les éléments auxquels la cour peut avoir égard ne permettent pas de considérer que l'exécution immédiate de la décision risque d'avoir pour Mobistar des conséquences graves, au sens de l'article 2 §4 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours.

Conclusion générale.

82. Les conditions légales pour ordonner la suspension de la décision attaquée n'étant pas remplies, les demandes doivent être rejetées.

**PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR,**

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

Statuant contradictoirement,

Reçoit les recours formés par KPN Group Belgium et Mobistar,

Reçoit les interventions par Belgacom, KPN Group Belgium et Mobistar,

Reçoit les demandes de suspension de la décision attaquée, mais les rejette.

Réserve à statuer pour le surplus.

\*\*\*\*\*

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique civile de la **chambre 18** de la Cour d'appel de Bruxelles le 15 février 2011,

Où étaient présents :

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

président de chambre,  
conseiller,  
conseiller suppléant,  
greffier.

  
VAN IMPE

  
HERINCKX

  
BODSON

  
BLONDEEL