

La cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. :

2006/AR/2332
2006/AR/2628
2006/AR/2629

R. n° : 2006/7820

N° : 2110 f

Arrêt interlocutoire
Réouverture des débats
au 24-11-06
Shen - relais
Télécommunications -
Décision de l'IBPT -
demande de suspension -
conditions.

EN CAUSE DE (2006/AR/2332) :

✓ **BELGACOM MOBILE**, société anonyme dont le siège social est établi à 1210 Bruxelles, rue du Progrès, 55, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0453.918 428,

Requérante,

✓ Représentée par Maître Dirk Van Liedekerke, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 326/26.

CONTRE :

✓ **L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS**, en abrégé IBPT, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,

Partie adverse,

✓ Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24 et Maître Winston Maxwell, avocat à 75008 Paris (France), avenue Franklin Roosevelt, 69,

EN PRESENCE DE :

✓ **BASE**, société anonyme dont le siège est établi à 1200 Bruxelles, rue Neerveld, 105, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0462.925.669,

Intervenante volontaire,

✓ représentée par Maîtres Alexandre Verheyden, Geoffroy de Foestraets et

27 -10- 2006

art. 81-82 C.E.

N° 2111	R.G. 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 2
---------	--	--------------------------	--------

Yvan Desmedt, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165,

✓ **MOBISTAR**, société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 149, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,

Intervenante volontaire,

✓ représentée par Maîtres Yves Van Gerven, Frédéric Louis et Anne Vallery, avocats à 1050 Bruxelles, place du Champ de Mars, 5.

EN CAUSE DE (2006/AR/2628) :

MOBISTAR, société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 149, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,

Requérante,

représentée par Maîtres Yves Van Gerven, Frédéric Louis et Anne Vallery, avocats à 1050 Bruxelles, place du Champ de Mars, 5.

27 -10- 2006

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,

Partie adverse,

Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24 et Maître Winston Maxwell, avocat à 75008 Paris (France), avenue Franklin Roosevelt, 69,

EN PRESENCE DE :

BASE, société anonyme dont le siège est établi à 1200 Bruxelles, rue Neerveld, 105, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0462.925.669,

Intervenante volontaire,

N° 2112	R.G : 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 3
------------	---	--------------------------	--------

représentée par Maîtres Alexandre Verheyden, Geoffroy de Foestraets et Yvan Desmedt, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165,

BELGACOM MOBILE, société anonyme dont le siège social est établi à 1210 Bruxelles, rue du Progrès, 55, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0453.918.428,

Intervenante volontaire,

Représentée par Maître Dirk Van Liedekerke, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 326/26.

EN CAUSE DE (2006/AR/2629) :

BASE, société anonyme dont le siège est établi à 1200 Bruxelles, rue Neerveld, 105, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0462.925.669,

Requérante,

représentée par Maîtres Alexandre Verheyden, Geoffroy de Foestraets et Yvan Desmedt, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165,

27 -10- 2006

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, personne morale de droit public dont les bureaux sont établis à 1210 Bruxelles, avenue de l'Astronomie, 14/21,

Partie adverse,

Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24 et Maître Winston Maxwell, avocat à 75008 Paris (France), avenue Franklin Roosevelt, 69,

EN PRESENCE DE :

BELGACOM MOBILE, société anonyme dont le siège social est établi à 1210 Bruxelles, rue du Progrès, 55, inscrite à la banque carrefour des

N° 213	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 4
-----------	---	--------------------------	--------

entreprises sous le numéro 0453.918.428,

Intervenante volontaire,

Représentée par Maître Dirk Van Liedekerke, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 326/26,

MOBISTAR, société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 149, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,

Intervenante volontaire,

représentée par Maîtres Yves Van Gerven, Frédéric Louis et Anne Vallery, avocats à 1050 Bruxelles, place du Champ de Mars, 5.

I.- DECISION ATTAQUEE

Les recours sont dirigés contre la décision du Conseil de l'IBPT du 11 août 2006, relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de la concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le marché 16 : *Terminaison d'appels sur chaque réseau mobile.*

27 -10- 2006

II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

Les recours sont introduits par requêtes déposées au greffe de la cour :

- le 25 août 2006 par Belgacom Mobile ;
- le 25 septembre 2006 par Mobistar ;
- le 25 septembre 2006 par Base.

Par ailleurs, Base et Mobistar interviennent volontairement dans la cause inscrite au rôle général sous le numéro 2006/AR/2332, Belgacom Mobile et Base dans celle inscrite au rôle général sous le numéro 2006/AR/2628 et Belgacom Mobile et Mobistar dans celle inscrite au rôle général sous le numéro 2006/AR/2629.

Les recours étant dirigés contre la même décision, il y a lieu de les joindre.

N° 2114	R.G : 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 5
---------	---	--------------------------	--------

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Le 11 février 2003, la Commission européenne recommande aux autorités réglementaires nationales (ARN) d'analyser, dans le cadre des marchés de gros, le marché n° 16 relatif à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels.

L'article 54 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques dispose qu'après chaque publication par la Commission européenne de sa *Recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques*, et à intervalles réguliers, l'IBPT détermine les marchés pertinents pour les réseaux et les services de communications électroniques, ainsi que leur étendue géographique respective.

L'IBPT prend, le 11 août 2006, la décision attaquée, aux termes de laquelle il décide que [résumé] :

27 -10- 2006

- *Le marché pertinent est le marché de la terminaison d'appel vocal vers le réseau d'un opérateur de réseau public mobile de deuxième ou de troisième génération, par le biais d'une offre d'interconnexion ainsi que les appels passés par les GSM-gateways ou sim-boxes (passerelles mobiles) Le marché pertinent comprend donc tous les appels vocaux qui sont terminés par un opérateur national en Belgique sur un réseau mobile belge, et ce, quelle que soit l'origine de l'appel (nationale ou internationale)*
- *Les tarifs de chaque opérateur de réseau mobile pour la terminaison d'appel vocal sur son réseau sont uniformes sur l'ensemble du territoire et les licences sont nationales. De ce fait, les marchés géographiques sont les suivants :*
 - *le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de Belgacom Mobile ;*
 - *le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de Mobistar ;*
 - *le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de Base.*
- *Belgacom Mobile, Mobistar et Base [sont désignés] comme opérateurs puissants sur les marchés de gros de la « terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels » dès lors qu'ils sont les seuls fournisseurs sur leur marché respectif et qu'il n'y a*

N° <i>ZMS</i>	R.G : 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	
---------------	---	--------------------------	--

aucun réel contre-pouvoir des acheteurs.

Ayant constaté que les opérateurs mobiles avaient la capacité de pratiquer des tarifs excessifs, c'est-à-dire largement au-dessus de ceux d'un marché effectivement concurrentiel qui seraient orientés vers les coûts, l'IBPT impose à ces différents opérateurs les remèdes suivants :

- Accès et interconnexion pour la terminaison d'appel vocal sur le réseau téléphonique public mobile pour Belgacom Mobile, Mobistar, et Base

Cette obligation consiste à :

- accorder à des tiers l'accès à certains éléments et/ou ressources de réseau nécessaires à la terminaison d'appel vocal, y compris des services auxiliaires ;
- fournir une possibilité de co-localisation ;
- fournir sur demande une offre de liaison de raccordement, une offre in Span, une offre de raccordement en site distant ;
- négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent un accès ;
- ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé ;

- Non discrimination pour Belgacom Mobile et Mobistar mais pas interne pour Base

- Transparence pour Belgacom Mobile, Mobistar et Base

Obligations de :

- publication d'une offre de référence ;
- publication des tarifs d'accès et d'interconnexion pour la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile ;
- communication sur demande de l'IBPT des contrats en matière d'accès et d'interconnexion pour la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile ;
- communication sur demande de l'IBPT d'autres éléments contractuels et comptables sur le respect des obligations pour la terminaison d'appel vocal sur réseau mobile ;

- Séparation comptable pour Belgacom Mobile et Mobistar mais pas pour Base

Les différentes activités réseau doivent être séparées entre elles, avec un compte d'exploitation pour chacune.

Les services de gros devront être séparés des services de détail.

Les prix de transfert internes et les coûts unitaires des services devront être clairement identifiés.

- Contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts pour Belgacom Mobile, Mobistar et Base

Obligation d'orientation vers les coûts (modèle top down).

Prix plafonds fixés avec une évolution progressive au cours du

27 -10- 2006

N° 216	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 7
-----------	---	--------------------------	--------

temps (glide path) allant de 2006 à fin 2008.

Les tarifs des trois opérateurs mobiles sont différents sur la période 2006-2008 en fonction du modèle de coûts applicable à chaque opérateur.

Deux adaptations tarifaires interviendront en novembre 2006 et en mai 2007. Pour l'année 2008 de nouvelles modifications seront fixées par une décision complémentaire de l'IBPT.

Mise en place d'un modèle de comptabilisation des coûts.

Les charges maximales de terminaison d'appel pour la période 2006-2008 sont fixées comme suit, en eurocent constant (hors inflation) :

	Actuel	1/11/2006	1/5/2007	1/1/2008	1/7/2008
Proximus	12.66	10.13	8.09	7.48	6.56
Mobistar	15.98	12.75	10.16	9.38	8.21
Base	19.60	15.81	12.76	11.82	10.41

L'IBPT ajoute que :

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 MTR [les charges de terminaison] de Proximus et de Mobistar en 2008, d'une part, et de réaliser une baisse plus forte du niveau des charges MTR de Base en 2008, d'autre part

27 -10- 2006

2. Belgacom Mobile, Mobistar et Base introduisent chacune un recours tant en annulation qu'en suspension de cette décision.

Elles s'accordent pour limiter les débats, dans un premier temps, à leurs demandes de suspension de la réglementation tarifaire mise en place par l'IBPT.

3. Belgacom Mobile fait valoir les moyens suivants :

▪ Moyens sérieux d'annulation :

En imposant un contrôle de prix asymétrique, la décision méconnaît l'article 8 § 4 de la directive « accès » et les articles 5 et 55 § 3 de la loi du 13 juin 2005, en ce que les obligations imposées ne peuvent prétendre être appropriées, à savoir fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs à atteindre. La décision méconnaît aussi l'article 62 de la loi du 13 juin 2005 en matière de contrôle tarifaire.

N° 2117	R.G. 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 8
------------	--	--------------------------	--------

Pour Belgacom Mobile, la décision ne concourt pas non plus aux objectifs de consolidation du marché intérieur et d'harmonisation, de promotion d'une concurrence saine et durable et de protection des intérêts des consommateurs finals.

Par ailleurs, l'IBPT n'a pas tenu compte des observations de la Commission européenne et de l'avis contraignant du Conseil de la concurrence.

Enfin, Belgacom Mobile reproche à l'IBPT de ne pas avoir motivé à suffisance de droit le régime atypique et asymétrique qu'il a retenu et qui repose, selon elle, sur des erreurs manifestes d'appréciation.

▪ Risque de préjudice grave difficilement réparable :

Pour Belgacom Mobile, l'exécution immédiate de la décision attaquée est susceptible d'entraîner des incidences graves sur le jeu de la concurrence et le libre choix du consommateur. Les distorsions de concurrence empêchent les marchés de fonctionner sainement et durablement.

Elle se plaint d'être confrontée à des niveaux élevés et hautement asymétriques des charges qu'elle doit payer à Mobistar et à Base chaque fois qu'un de ses clients appelle un client de ces dernières, alors qu'elle est directement confrontée à la concurrence de ces opérateurs. Dès lors, elle considère qu'elle subventionne l'activité de ceux-ci, tant au niveau du marché de détail que de celui du marché de gros.

Par ailleurs, le sursis à l'exécution n'est pas de nature à faire obstacle au plein effet de la décision au cas où le recours en annulation serait finalement rejeté par la cour, puisque l'IBPT a reconnu qu'un report de la décision pouvait être réalisé de manière neutre.

4. Mobistar fait valoir les moyens suivants :

▪ Moyens sérieux d'annulation :

Mobistar fait valoir un certain nombre de griefs à l'encontre de la décision, dont deux sont relatifs à la réglementation tarifaire et sous-tendent également la demande de suspension qu'elle formule dans ce même recours. Mobistar critique ainsi la décision en ce qu'elle décide d'imposer une symétrie tarifaire totale entre Belgacom Mobile et Mobistar dès 2008. Cette décision n'est pas motivée et contredit le reste de la décision où l'IBPT s'explique sur la nécessité de maintenir

27 -10- 2006

N° 218	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 9
--------	---	--------------------------	--------

l'asymétrie tarifaire résultant de son modèle de coûts pendant toute la période d'analyse.

Mobistar fait également grief à l'IBPT d'exclure les coûts du déploiement des réseaux UMTS alors que les appels UMTS sont eux couverts par la réglementation tarifaire et que la terminaison d'appels vers un abonné UMTS transitera par ce réseau.

▪ Risque de préjudice grave difficilement réparable :

Pour Mobistar, la décision entreprise, si elle devait être appliquée au premier novembre 2006, lui causerait un dommage grave et difficilement réparable, dans la mesure où il n'est pas tenu compte des coûts qu'elle supporte pour le déploiement du réseau UMTS et qu'elle devra, dès 2008, appliquer un niveau de charges de terminaison qui ne représentera qu'une fraction de ses coûts réels.

En outre, la suspension partielle de la décision au profit de Belgacom Mobile et/ou Base, si elle devait être accordée dans le cadre du recours de l'un ou l'autre de ces opérateurs lui causerait, selon elle, un dommage grave et difficilement réparable et aurait un impact négatif significatif sur la concurrence. Elle explique que la réglementation tarifaire mise en place par la décision de l'IBPT forme un mécanisme global et équilibré créant des droits et obligations réciproques dans le chef des trois opérateurs, qui ne peuvent être dissociés par la cour sans empiéter sur les compétences de l'IBPT et sous peine de créer un déséquilibre concurrentiel au détriment du ou des opérateurs dont les obligations sont maintenues et les droits suspendus.

27 -10- 2006

5. Base fait valoir les moyens suivants :

▪ Moyens sérieux d'annulation :

Base soutient que les tarifs qui lui sont imposés à partir du 1^{er} novembre 2006, sont illégaux dans la mesure où :

- la décision viole ses droits de la défense ;
- l'IBPT a fait preuve d'un manque d'impartialité et d'objectivité ;
- la définition du marché et la désignation de Base comme opérateur puissant heurte le droit de la concurrence ;
- les remèdes prescrits par l'IBPT violent les principes de non-discrimination, le droit de propriété et la liberté commerciale de Base, le principe de proportionnalité,

N° 2MS	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 10
--------	---	--------------------------	---------

les objectifs du cadre réglementaire, l'article 2 de la Directive « concurrence », ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur les droits exclusifs et le principe de motivation matérielle des actes administratifs.

▪ Risque de préjudice grave difficilement réparable :

Base affirme que dès le 1^{er} novembre 2006, elle sera contrainte, sauf suspension de la décision, de baisser ses tarifs de terminaison de 20%, ce qui implique une perte de revenus qu'elle évalue à 64 millions d'euros pour l'année 2007, soit 69% de son bénéfice opérationnel (EBIT). Par ailleurs, elle affirme qu'elle devra payer à Belgacom Mobile des charges de terminaison qui sont excessives, dans la mesure où elles sont 50% plus élevés que ses coûts réels. Le tout aura, selon elle, un impact considérable et immédiat sur sa situation financière. Elle sera par ailleurs tenue de vendre à perte ses services de terminaison.

Base estime que, dans ces conditions, sa situation concurrentielle en sera irrémédiablement affectée.

27 -10- 2006

IV.- DISCUSSION

I.- Sur la recevabilité des interventions volontaires

6. L'IBPT a fixé dans une seule et même décision, pour chacun des trois opérateurs, les charges maximales de terminaison qu'ils pouvaient réclamer.

Par sa décision, l'IBPT a ainsi voulu réguler le marché 16 dans son intégralité en imposant à chacun des opérateurs une obligation d'orientation sur les coûts, afin de garantir une concurrence effective sur ce marché. La décision a, par ailleurs, été notifiée à chaque opérateur.

Tant Belgacom Mobile que Base sollicitent la suspension de la décision seulement en ce qui les concerne. Une telle demande est de nature à concerner les autres opérateurs dans la mesure où leurs charges de terminaison risquent d'être maintenues au niveau moins élevé décidé par l'IBPT, alors que celles du ou des opérateurs ayant sollicité et obtenu la suspension pourraient être fixées au taux plus élevé pratiqué par eux avant la décision de l'IBPT, ce qui pourrait entraîner une distorsion de concurrence.

N° 220	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	5 ^{ème} chambre	Page 11
-----------	---	--------------------------	---------

Pour autant que leur intervention ne soit que conservatoire, chaque opérateur possède un intérêt pour intervenir dans chacun des recours. Il ne résulte pas de l'examen de ces interventions qu'elles présenteraient un autre caractère.

Les requêtes en intervention sont dès lors recevables.

2.- Sur le risque de préjudice grave difficilement réparable

7. L'article 2 § 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges dispose que la cour peut prononcer la suspension de la décision attaquée.

Dès lors qu'il constitue une mesure provisoire, le sursis à l'exécution ne peut être envisagé que si les circonstances de fait et de droit invoquées pour l'obtenir justifient, à première vue, son octroi. Si la loi permet à la cour de statuer provisoirement à l'occasion d'un recours, c'est nécessairement afin d'éviter qu'un préjudice grave et difficilement réparable soit occasionné par la décision attaquée à la partie qui sollicite le sursis de l'exécution, et dont les effets ne peuvent être compensés par la perspective d'une allocation future d'une indemnité couvrant le préjudice subi. Les requérantes doivent donc démontrer la nécessité et l'urgence de prononcer pareille suspension avant que la décision au fond n'intervienne. Elles doivent en outre démontrer que la balance des intérêts en cause, à laquelle la cour doit procéder, penche en leur faveur. Elles doivent, à cet égard, démontrer que l'annulation éventuelle de la décision litigieuse par la cour, statuant au fond, ne permettrait pas le renversement de la situation qui aurait été provoquée par son exécution immédiate et que le sursis à l'exécution n'est pas de nature à faire obstacle à son plein effet au cas où le recours en annulation serait rejeté (Bruxelles, 18 mars 2005, R.G. 2005/AR/588).

Le préjudice pécuniaire est, en principe, réparable quand le responsable est un pouvoir public. Il ne peut être considéré comme grave et irréparable que s'il accule un requérant à la faillite, à la déconfiture civile ou à l'exclusion sociale (M. Leroy, Contentieux administratif, 3^e édition, Bruylant 2004, p. 791).

8. L'opérateur historique Belgacom a démarré son activité de téléphonie mobile sous le nom de Proximus en janvier 1994 (devenu Belgacom Mobile en décembre 2004). La mise en œuvre de son réseau GSM s'est opérée sous le régime d'un contrat de gestion monopolistique.

27 -10- 2006

N° 2121	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 12
---------	---	--------------------------	---------

Mobistar est entré sur le marché en août 1996. Elle est une filiale de l'opérateur mobile Orange-Groupe France Télécom. Elle dispose des mêmes licences et de la même technologie que Belgacom Mobile.

Base (précédemment KPN Orange Belgium) a débuté en juin 1999. A la différence des deux autres opérateurs, elle dispose d'une licence DCS 1800 MHz au lieu de 900 MHz et ne développera la technologie EDGE sur son réseau qu'au cours de l'année 2006.

Les charges de terminaison de Belgacom Mobile sont régulées depuis 2001, suite à sa désignation comme *opérateur puissant*. Ces charges ont fait l'objet de plusieurs décisions de diminution depuis lors.

Ce n'est qu'à partir du 23 décembre 2003, que les charges de terminaison de Mobistar ont été également régulées.

Les charges de terminaison de Belgacom Mobile et de Mobistar ont été déterminées, à l'époque, par l'IBPT, sur la base d'un modèle de coûts spécifique pour chaque opérateur.

Quant à Base, elle avait toute liberté pour fixer elle-même ses charges de terminaison, n'ayant pas été désignée comme *opérateur puissant* avant la décision attaquée.

Ainsi que cela ressort du tableau repris au n° 1, les charges de terminaison que les opérateurs se facturent sont actuellement de :

27 -10- 2006

	Actuel	Différence avec Proximus	Différence avec Mobistar
Proximus	12.66		
Mobistar	15.98	+ 26.22 %	
Base	19.60	+ 54.81 %	+ 22.65 %

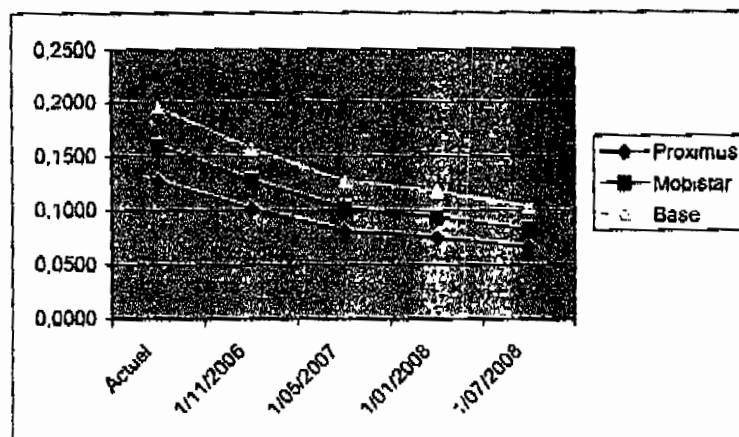
L'IBPT expose que l'asymétrie des charges de terminaison s'explique par la structure du marché belge de la téléphonie mobile sur lequel Mobistar est entré trois ans après l'arrivée de Belgacom Mobile et Base, cinq ans après, laquelle a, par ailleurs, connu un développement difficile et n'a qu'une part de marché assez faible après sept années d'activité.

L'entrée en vigueur de la décision attaquée aura pour effet de diminuer, en volume constant d'appels, les recettes que les différents opérateurs peuvent espérer obtenir du service de terminaison d'appel qu'ils offrent à leurs concurrents dans les proportions suivantes :

N° 2122	R.G : 2006/AR/2332 – 2006/AR/2628 – 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 13
---------	---	--------------------------	---------

	Actuel	1/11/2006	1/5/2007	1/1/2008	1/7/2008
Proximus	12.66	10.13	8.09	7.48	6.56
<i>Différence</i>		- 19.98 %	- 36.10 %	- 40.92 %	- 48.18 %
Mobistar	15.98	12.75	10.16	9.38	8.21
<i>Différence</i>		- 20.21 %	- 36.42 %	- 41.30 %	- 48.62 %
Base	19.60	15.81	12.76	11.82	10.41
<i>Différence</i>		- 19.34 %	- 34.90 %	- 39.69 %	- 46.89 %

Chaque opérateur voit ainsi ses charges de terminaison diminuer plus ou moins dans les mêmes proportions, ce qui apparaît clairement du graphique suivant :



27 -10- 2006

9. Le préjudice grave et irréparable doit s'apprécier pendant la période qui s'étend entre la mise à exécution de l'acte attaqué et la décision statuant sur le fondement du recours en annulation.

Belgacom Mobile ne se plaint pas des tarifs qui lui sont imposés par l'IBPT. Elle se borne à stigmatiser le maintien de l'asymétrie entre ses propres tarifs et ceux de ses concurrents qu'elle juge trop élevés.

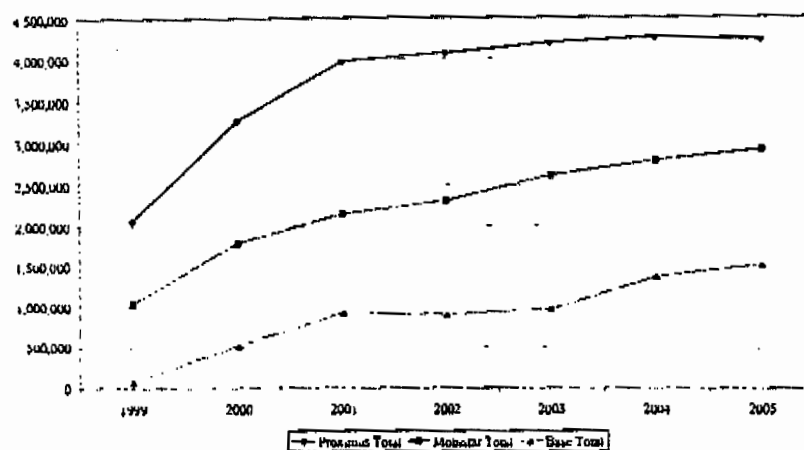
Or, il convient d'observer que cette asymétrie existe depuis plus de dix ans pour Mobistar et sept ans pour Base.

Cette asymétrie n'a pas empêché Belgacom Mobile d'augmenter le nombre de ses clients, comme le démontre le graphique suivant, extrait des conclusions de Base :

N° 2123

R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 -
2006/AR/2629

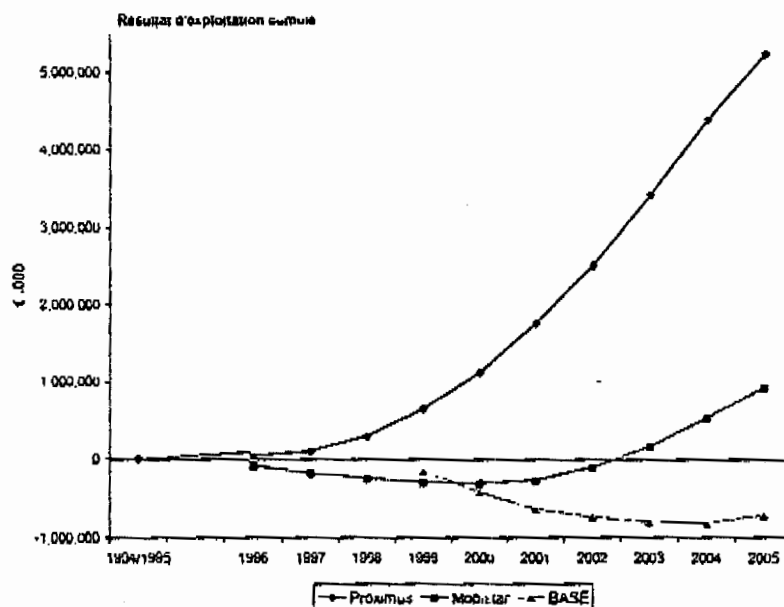
Total clients acquis



Ce graphique démontre aussi que les marchés ont fonctionné durablement jusqu'à ce jour, sans que des recours n'aient été introduits pour distorsion de concurrence.

Nonobstant l'asymétrie, Belgacom Mobile a été capable de réaliser de substantiels bénéfices, comme le démontre cet autre graphique extrait des conclusions de Base :

27 -10- 2006



Il est ainsi établi que le principe même de l'asymétrie n'a pu entraîner dans le chef de Belgacom Mobile, jusqu'à ce jour, un préjudice grave et irréparable.

Par ailleurs, la réglementation tarifaire a pour effet de diminuer les charges de terminaison que Belgacom Mobile devra payer à Mobistar

N° 2124	R.G. 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 15
------------	--	--------------------------	---------

et à Base à concurrence de 20% au 1^{er} novembre 2006 et de 36% au 1^{er} mai 2007 et, par voie de conséquence, d'augmenter dans l'avenir la capacité bénéficiaire de Belgacom Mobile par une diminution substantielle de ses charges. La réglementation litigieuse a donc un effet bénéfique en ce qui la concerne.

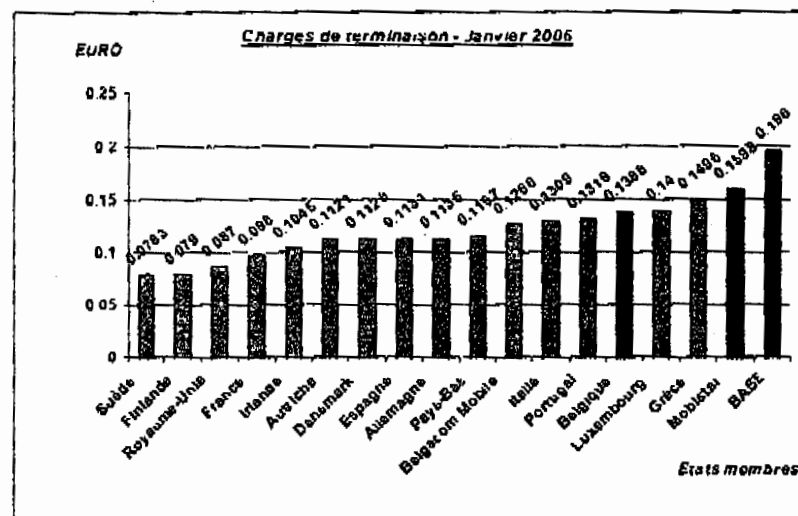
Dans ces conditions, on aperçoit mal comment l'asymétrie serait de nature à engendrer, dès le 1^{er} novembre 2006, des distorsions de concurrence d'une ampleur telle qu'il faille, sans délai, suspendre la réglementation tarifaire dans l'attente de la décision au fond.

De plus, une suspension aurait pour effet de remettre en vigueur les tarifs anciens ou, à tout le moins, d'autoriser les opérateurs à les pratiquer. Il s'en déduit qu'une suspension maintiendrait une asymétrie plus défavorable que celle qui entrera en vigueur le 1^{er} novembre 2006.

Belgacom Mobile ne peut donc faire valoir l'existence, dans son chef, d'un préjudice grave et irréparable.

En outre, il convient également de tenir compte de l'intérêt des utilisateurs finals qui peuvent légitimement espérer une diminution de leurs propres tarifs de détail, en corrélation avec une diminution des charges de terminaison qui sont, actuellement, parmi les plus élevées d'Europe, ainsi que cela apparaît du graphique suivant extrait des conclusions de Belgacom Mobile :

27 -10- 2006



Une suspension de la décision attaquée aurait donc pour effet de priver ces utilisateurs finals de la réduction espérée de leurs coûts de téléphonie mobile, ce qui serait contraire aux objectifs poursuivis par la libéralisation des services de télécommunication voulue par le législateur européen.

N° 2125	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 16
---------	---	--------------------------	---------

10. Mobistar reconnaît qu'elle ne subirait réellement de préjudice grave et irréparable que dans la mesure où la décision serait suspendue au seul profit de l'un ou des deux autres opérateurs. Le préjudice qu'elle prétend subir en raison du fait qu'il n'a pas été tenu compte des coûts qu'elle supporte pour le déploiement du réseau UMTS n'est que financier.

Il convient, dès lors, de vérifier, préalablement, s'il y a lieu de suspendre la décision en faveur de Base.

11. Le préjudice allégué par Base s'avère uniquement financier. Ainsi que cela a été rappelé au point 7, il ne peut être considéré comme grave et irréparable que s'il accule Base à la faillite ou à l'exclusion du marché.

En l'espèce, il résulte du tableau repris à la page 161 des conclusions de Base que depuis l'exercice 2001 ses pertes d'exploitation sont en nette diminution et que, depuis l'exercice 2005, elle enregistre un bénéfice d'exploitation de 92 millions d'euros.

Base affirme qu'elle subira, en 2007, une perte de recettes de 64 millions d'euros. Elle en déduit que les 28 millions d'euros de bénéfices qu'elle pourrait encore espérer ne seront pas suffisants pour lui permettre de concurrencer utilement Belgacom Mobile et Mobistar.

27 -10- 2006

Le chiffre de 64 millions d'euros avancé par Base n'est établi par aucune pièce.

Base ne démontre pas non plus que les coûts qu'elle doit supporter pour la terminaison des appels sur son réseau sont supérieurs aux 15,81 et 12,76 eurocents fixés par l'IBPT à partir du 1^{er} novembre 2006 et 1^{er} mai 2007. Le graphique reproduit à la page 77 de ses conclusions n'est étayé par aucune pièce probante, même confidentielle, rendant ainsi impossible toute vérification de la courbe des coûts encourus. Base ne prouve donc pas qu'elle serait contrainte de vendre ce service à perte à partir du 1^{er} novembre 2006, comme elle l'affirme.

A supposer que le chiffre de 28 millions d'euros de bénéfices restants soit exact, il ne résulte d'aucune pièce déposée par Base que ce montant serait insuffisant pour lui permettre de se maintenir sur le marché ou qu'elle serait contrainte de licencier une partie de son personnel ou encore de diminuer ses dépenses de marketing. Le fait que la diminution du bénéfice retarde la récupération des pertes accumulées précédemment ne peut constituer un élément d'appréciation du préjudice grave et irréparable puisque ces pertes ne

N° 2126	R.G. 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	5 ^{ème} chambre	Page 17
---------	--	--------------------------	---------

trouvent pas leur cause dans la décision attaquée.

Par ailleurs, dans la détermination de son bénéfice futur, Base omet de prendre en considération le fait qu'elle bénéficiera d'une diminution des charges de terminaison à payer à Belgacom Mobile et à Mobistar, d'autant plus importante que les appels off-net Base/Proximus sont plus nombreux que les appels off-net Proximus/Base.

Quant à la situation de Base après le 1^{er} janvier 2008, il est prématuré de dire si Base peut, d'ores et déjà, faire valoir un préjudice grave et irréparable puisque personne n'est en mesure, aujourd'hui, de dire quelle décision prendra l'IBPT en 2007 à la suite des recommandations de la Commission européenne. En tout état de cause, Base disposera, en temps utile, de la faculté d'introduire un recours en annulation et en suspension de cette décision, s'il échet.

Il s'en déduit que Base ne peut faire valoir l'existence d'un préjudice grave et irréparable découlant de la décision attaquée.

12. En cas d'annulation par la cour de la décision attaquée, il n'existe aucun empêchement dans le chef des opérateurs de réclamer à qui de droit une juste indemnisation du préjudice subi.

En revanche, en cas de rejet de la demande en annulation, il sera difficile, sinon impossible, d'annihiler les effets de la suspension préalablement prononcée puisque, dans ce cas, l'exécution de la décision aura été irrémédiablement retardée au préjudice, notamment, des utilisateurs finals, contraints de supporter, pendant la durée de la procédure, des tarifs trop élevés, s'avérant, en définitive, sans justification.

13. Les demandes de suspension de Belgacom Mobile, Mobistar et Base ne sont donc pas fondées.

V.- DISPOSITIF

Pour ces motifs, la cour,

1. Joint les causes inscrites au R.G. sous les n° 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629.
2. Dit les requêtes en intervention volontaire de Base, Mobistar et Belgacom Mobile recevables.

27 -10- 2006

N° 2127	R.G.: 2006/AR/2332 - 2006/AR/2628 - 2006/AR/2629	9 ^{ème} chambre	Page 18
---------	---	--------------------------	---------

3. Dit les demandes en suspension non fondées et en déboute les requérantes.

4. Ordonne la réouverture des débats afin que les parties puissent convenir d'un calendrier d'échange de conclusions dans le cadre de la procédure en annulation ;

Fixe la date de la réouverture des débats au 24 novembre 2006 à 9 heures (date relais).


5. Réserve les dépens.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le 27 -10- 2006

où étaient présents :

Henry MACKELBERT, Conseiller ff. Président,
Els HERREGODTS, Conseiller,
Yves DEMANCHE, Conseiller,
Patricia DELGUSTE, Greffier.

27 -10- 2006


P DELGUSTE - Y. DEMANCHE - E. HERREGODTS - H. MACKELBERT