

La cour d'appel de Bruxelles, 9<sup>ème</sup> chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

N° 2003/AR/2463

N° 1624 ✓  
R. n° : 2004/6463

**EN CAUSE DE :**

**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,

Appelante,

- ✓ Représentée par Maîtres Yves van Gerven et Anne Vallery, avocats à 1040 Bruxelles, rue de la Loi, 15,

Plaideurs : Maîtres A. Vallery et F. Louis,

**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,

Intimée,

- ✓ Représentée par Maître Sébastien Depré, avocat à 1060 Bruxelles, rue de Suisse, 24,

**EN PRESENCE DE :**

1. **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,

Partie appelée à la cause,

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

14 -10- 2004

Amel  
I - in leudine

2. **BASE**, société anonyme dont le siège est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg, 115, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0462.925.669,

Partie appelée à la cause,

- ✓ Représentée par Maîtres Alexandre Verheyden et Yvan Desmedt, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165.

\*\*\*\*

## I. Antécédents de la procédure

1. Par requête déposée le 21 octobre 2003 au greffe de la cour, Mobistar a formé un recours contre la décision du Conseil de l'IBPT du 16 septembre 2003 concernant les coûts d'établissement par numéro mobile porté pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2002 au 1<sup>er</sup> octobre 2005, notifiée le 22 septembre 2003.

Aux termes de sa requête, le recours est dirigé contre l'IBPT, Belgacom Mobile et Base.

2. Un calendrier de la procédure a été fixé à l'audience d'introduction qui s'est tenue le 30 novembre 2003.

Des conclusions ont été déposées pour :

- l'IBPT, les 2 janvier, 22 mars et 17 mai 2004,
- Belgacom Mobile, les 2 février, 9 avril et 1<sup>er</sup> juin 2004,
- Base, les 2 février, 13 avril et 1<sup>er</sup> juin 2004,
- Mobistar, les 1<sup>er</sup> mars et 3 mai 2004.

Dans ses conclusions déposées le 2 février 2004, Belgacom Mobile indique qu'elle introduit pour autant que de besoin, un appel ou un recours incident, en invitant la cour à réformer la décision attaquée.

Les parties ont été entendues à l'audience du 17 juin 2004 et à l'audience du 18 juin 2004.

14 -10- 2004

## II. Les parties

3. Les sociétés Belgacom Mobile, Mobistar et Proximus offrent des services de télécommunications mobiles.

Belgacom Mobile, filiale de Belgacom, exploite un réseau de téléphonie mobile sous le nom *Proximus*. Elle est active sur le marché de la téléphonie mobile depuis 1994 et a bénéficié sur ce marché d'un monopole légal pendant environ deux ans. Il n'est pas contesté que sa part de marché est supérieure à 50 % (59% en termes de revenus) et à 70 % sur le segment des télécommunications mobiles à destination des clients « affaires ».

Mobistar est active sur le marché concerné depuis août 1996.

Base est entrée sur le marché en 1998. Elle estime sa part de marché à environ 14 % du marché, correspondant à 1.105.000 utilisateurs finals.

4. L'IBPT, autorité administrative, est *une autorité réglementaire nationale* au sens de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électroniques (directive « cadre »), publiée le 24 avril 2002, chargée d'exercer partie des tâches de réglementation assignées dans cette directive et dans les directives particulières.

Son statut est régi par la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des postes et télécommunications belges.

Aux termes de l'article 14, § 1 de cette loi, sans préjudice de ses compétences légales, les missions de l'IBPT sont, notamment :

- 1° la formulation d'avis d'initiative, dans les cas prévus par les lois et arrêtés ou à la demande du ministre,
- 2° la prise de décisions administratives
- 3° le contrôle du respect de la loi du 30 juillet 1979 ainsi que du titre 1er, chapitre X et des titres III et IV de la loi du 21 mars 1991 et de leurs arrêtés d'exécution,
- 4° en cas de litige entre des fournisseurs des réseaux, de services ou d'équipements de télécommunications ou en cas de litige entre des opérateurs postaux, la formulation de propositions tendant à concilier les parties dans un délai d'un mois (...).

14 -10- 2004

### III. Le cadre juridique de la portabilité du numéro mobile

#### A. le cadre réglementaire européen

5. La directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un

réseau ouvert (ONP), publiée le 26 juillet 1997, énonce en son considérant 15 « *que la portabilité du numéro représente un service important pour les utilisateurs, et doit être réalisée dès que possible(...).* »

Le deuxième considérant de la directive 98/61/CE modifiant la directive ONP pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur rappelle « *la nécessité absolue de disposer de mécanismes de numérotation adéquats, notamment en ce qui concerne la portabilité des numéros et la sélection de l'opérateur, pour faciliter le choix du consommateur et encourager une réelle concurrence sur le marché libéralisé des télécommunications.* »

Selon l'article 12 paragraphe 5 de la directive 97/33/CE (directive « ONP »), tel que modifié par la directive précitée, le service de portabilité du numéro permettant à l'abonné qui le demande de conserver son (ses) numéro(s) dans le réseau téléphonique public fixe et le réseau numérique à intégration de services, quel que soit le prestataire de services, en un lieu spécifique dans le cas de numéros géographiques et en un lieu quelconque dans le cas de numéros autres que géographiques, devait être disponible le 1<sup>er</sup> janvier 2000 au plus tard.

Aux termes du deuxième alinéa, afin d'assurer que les redevances à payer par le consommateur sont raisonnables, les autorités réglementaires nationales doivent veiller à ce que la tarification de l'interconnexion liée au service de portabilité du numéro soit raisonnable.

6. L'article 30 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), publiée le 24 avril 2002, est libellé comme suit :

*Portabilité des numéros*

1. *Les Etats membres veillent à ce que tous les abonnés des services téléphoniques accessibles au public, y compris les services mobiles, qui en font la demande puissent conserver leur(s) numéro(s), quelle que soit l'entreprise fournissant le service :*
- dans le cas de numéros géographiques, en un lieu spécifique, et*
  - dans le cas de numéros non géographiques, en un lieu quelconque.*

*Le présent paragraphe ne s'applique pas à la portabilité des numéros entre les réseaux fournissant des services en position déterminée et les réseaux mobiles.*

2. *Les autorités réglementaires nationales veillent à ce que la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros soit fonction du coût et que, le cas échéant, les redevances à payer par le consommateur ne jouent pas un rôle dissuasif à l'égard de l'utilisation de ces compléments de services.*
3. *Les autorités réglementaires nationales n'imposent pas, pour la portabilité des numéros, une tarification de détail qui entraînerait des distorsions de la concurrence, par exemple en fixant une tarification de détail particulière ou commune.*

Cet article fait partie du chapitre IV de la directive intitulé « Intérêts et droits des utilisateurs finals ».

La directive rappelle en son considérant n° 40 « *que la portabilité du numéro est un élément moteur du choix du consommateur et du jeu effectif de la concurrence dans un environnement concurrentiel des télécommunications : c'est pourquoi les utilisateurs finals qui en font la demande doivent pouvoir conserver leur(s) numéros sur le réseau téléphonique public quel que soit l'organisme qui fournit le service* ».

Le délai de transposition des dispositions de la directive expirait le 24 juillet 2003.

## **B. le cadre réglementaire national**

7. L'article 105 bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, inséré par l'arrêté royal du 28 octobre 1996, confirmé et modifié par la loi du 19 décembre 1997<sup>1</sup>, a introduit la portabilité des numéros géographiques en précisant que « *le Roi fixe, sur proposition de l'Institut, les modalités d'application, le coût et la répartition des coûts entre les parties concernées* ».

Cet article a été modifié et complété par arrêté royal du 6 novembre 1999 en vue d'adapter la législation aux dispositions de la directive 98/61/CE. La date de l'introduction de la portabilité du numéro a été modifiée et la limitation aux seuls numéros géographiques a été supprimée.

Suivant les nouvelles dispositions, les opérateurs de réseaux téléphoniques publics fixes, de réseaux numériques à intégrations de services, ou de services de téléphonie vocale qui bénéficient d'une capacité de numérotation, devaient offrir, gratuitement ou non, à leurs abonnés le service de portabilité du numéro à partir du 1er janvier 2000.

14 -10- 2004

<sup>1</sup> Moniteur du 19 décembre 1997.

L'arrêté royal du 16 mars 2000 relatif à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de télécommunications<sup>2</sup>, a été pris en exécution de l'article 105 bis de la loi du 21 mars 1991.

Il énonce, en son article 13, que les opérateurs doivent conclure un accord afin de permettre le service de portabilité du numéro qui doit contenir, notamment, les modalités des coûts induits par le service tels que définis à l'article 15 et qu'à défaut d'accord dans un délai de deux mois, les droits et obligations respectifs sont imposés par le Ministre.

Les dispositions de l'arrêté royal du 16 mars 2000 ont été modifiées et complétées par un arrêté du 23 septembre 2002<sup>3</sup>, en vue de les rendre conformes à l'article 30 de la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») tout en tenant compte de l'adoption, à la même date, d'un arrêté royal relatif à la portabilité du numéro mobile.

L'article 15 § 6 de l'arrêté royal du 16 mars 2000 qui concerne la fixation des coûts d'établissement par ligne ou par numéro par l'IBPT a un contenu identique à celui de l'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité du numéro mobile, dont la légalité est contestée par Base.

En exécution de l'article 15 § 6 précité, l'IBPT a adopté en date du 9 décembre 2002 une décision par laquelle il a fixé les coûts de portabilité des numéros géographiques et non géographiques pour la période du 1er juillet 2001 au 31 décembre 2003, décision qui n'a pas fait l'objet d'un recours.

8. La loi programme du 19 juillet 2001 (article 32) a introduit le service de portabilité du numéro mobile en insérant à l'article 105 bis de la loi du 21 mars 1991 les alinéas onze, douze et treize, libellés comme suit :

*« Les opérateurs de services mobiles de télécommunications offerts au public, ainsi que les personnes physiques ou morales auxquelles ils ont le cas échéant confié la commercialisation de leurs services mettent la facilité de la portabilité du numéro à la disposition des utilisateurs finals. Cette facilité permet aux utilisateurs finals de services mobiles de télécommunications de conserver leur numéro quel que soit l'opérateur ou la personne qu'ils ont choisi pour la fourniture de ces services.*

*Le Roi fixe, sur avis de l'Institut, les règles de base en vue de la mise en œuvre du service, la méthodologie pour la fixation des coûts et la répartition de ces coûts entre les parties concernées.*

<sup>2</sup> Moniteur du 13 avril 2000.

<sup>3</sup> Arrêté royal portant modification de l'arrêté royal du 16 mars 2000 relatif à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de télécommunication, Moniteur du 1<sup>er</sup> octobre 2002.

*Le ministre fixe les conditions de la mise en œuvre de la facilité, sur avis des opérateurs de services mobiles de télécommunications offerts au public et des personnes physiques ou morales auxquelles ils ont le cas échéant confié la commercialisation de leurs services et de l'Institut. En tenant compte de ce qui précède, ces prestataires sont tenus de transmettre une proposition à l'Institut à la demande de celui-ci. L'Institut calcule chaque année les coûts et les publie ».*

9. Conformément à l'article 128 bis de la loi, l'obligation de fourniture de la portabilité des numéros mobiles a pris effet le jour de la publication de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité des numéros des utilisateurs finals des services de télécommunications mobiles offerts au public (ci-après : arrêté royal relatif à la portabilité du numéro mobile), à savoir le 1<sup>er</sup> octobre 2002.

Suivant l'article 20 de l'arrêté royal, chaque opérateur est tenu d'introduire la portabilité des numéros le plus efficacement possible et l'IBPT peut intervenir, si nécessaire, pour définir des normes d'efficacité. Suivant le rapport au Roi, cette obligation signifie que les opérateurs doivent faire appel à une solution technique dont le coût est le plus réduit possible pour tous les opérateurs.

En ce qui concerne **les conditions de l'offre de portabilité du numéro mobile pour les utilisateurs**, qui suppose un changement de contrat et un changement d'opérateur, l'article 2 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité du numéro mobile précise que la portabilité des numéros mobiles ne comprend pas la portabilité des services dont bénéficiait le client vis-à-vis de son opérateur d'origine. En revanche, le client porté pourra bénéficier de l'accès à l'ensemble des services du nouvel opérateur.

En outre, et en application de l'article 14 de l'arrêté royal, les tarifs d'un opérateur mobile pour les communications à destination des utilisateurs dont il est attributaire du numéro et qui ont été portés vers un opérateur déterminé ne diffèrent pas des tarifs des communications à destination des utilisateurs non portés de ce dernier opérateur.

14 -10- 2004

S'agissant de la tarification de l'offre de portabilité, l'article 11, § 8, premier alinéa, de l'arrêté royal du 23 septembre 2002, précité, dispose que l'opérateur donneur<sup>4</sup> ne peut demander d'indemnité à un utilisateur final qui transfère son numéro. Par contre, aux termes de la même disposition, l'opérateur receveur est habilité à demander à l'utilisateur final une indemnité pour le transfert du numéro, mais celle-ci ne peut s'élever à plus de 15 euros.

---

<sup>4</sup> L'opérateur donneur est l'opérateur mobile ou le prestataire de services mobiles à partir duquel un numéro mobile est transféré et l'opérateur receveur, celui chez qui l'utilisateur fait porter son numéro. Lors d'un premier portage, l'opérateur donneur est l'opérateur à qui a été attribué la tranche de numéros à laquelle appartient le numéro porté.

L'opérateur receveur a donc la possibilité de facturer les coûts de portage (propres ou qui lui ont été facturés par l'opérateur donneur), aux clients portés entrants, sous réserve que le montant facturé ne dépasse pas 15 euros par numéro porté.

Il peut toutefois, en vertu de l'article 11, § 9 et moyennant l'accord préalable de l'Institut, réclamer un montant supérieur à l'utilisateur final s'il prouve que le transfert entraîne des coûts manifestement excessifs par rapport aux coûts moyens d'un transfert.

Cette dernière disposition ne précise pas ce qu'il y a lieu d'entendre par « coûts moyens d'un transfert » par référence aux quatre types de coûts que le service de la portabilité engendre pour les opérateurs suivant l'article 18 du même arrêté royal et des règles qu'il introduit en ce qui concerne la répartition de ces coûts entre opérateurs. Faute de précision, il y a dès lors lieu de conclure que cette disposition vise également les coûts que l'opérateur donneur est en droit de facturer à l'opérateur receveur ( infra, point 10).

10. S'agissant des **conditions de fourniture du service de la portabilité pour les opérateurs**, l'article 6 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 énonce que pour permettre la facilité de portabilité des numéros, les opérateurs mobiles et les prestataires de services mobiles concluent des accords de portabilité entre eux et fixe le contenu minimum de ces accords.

Suivant les dispositions de l'arrêté royal, quatre types de coûts sont encourus par les opérateurs, liés à la portabilité des numéros mobiles :

- a. les coûts induits par l'introduction de la portabilité des numéros mobiles :

Les opérateurs doivent prendre en charge les coûts de mise en œuvre de la portabilité des numéros (article 21, § 1<sup>er</sup>). Ces coûts ne peuvent donc être répercutés ni à l'opérateur receveur dans le cas d'un portage sortant ni au client final dans le cas d'un portage entrant.

14 -10- 2004

- b. les coûts d'établissement par ligne ou par numéro, ci-après « coûts de portage » :

Les coûts de portage, qui font l'objet de la décision attaquée, sont définis comme suit à l'article 18 de l'arrêté royal :

*« Les coûts d'établissement par ligne ou par numéro : le surcoût non-récurrent engendré suite au transfert d'un ou de plusieurs numéros mobiles, en plus des coûts liés au transfert d'un ou plusieurs numéros mobiles sans portabilité des numéros vers un autre opérateur ou*

*prestataire de services mobiles ou pour mettre un terme à la fourniture du service ».*

Il ressort de cette définition que seuls les coûts de l'opération qui sont encourus par l'opérateur donneur sont visés.

Aux termes de l'article 19 de l'arrêté royal, « *les coûts d'établissement par ligne ou par numéro (...) sont fixés par l'Institut sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace. Les montants fixés par l'Institut pour couvrir les coûts d'établissement par ligne ou par numéro (...) sont orientés en fonction des coûts* ».

Aux termes de l'article 21, § 1<sup>er</sup>, les coûts de portage sont supportés par l'opérateur receveur.

c. les coûts liés à la banque de données de référence centrale

La banque de données de référence centrale, visée à l'article 5 de l'arrêté royal, est une base de données des numéros géographiques et non géographiques attribués et portés dont l'utilisation, qui est obligatoire pour tous les opérateurs mobiles, permet un routage direct des appels vers le réseau mobile vers lequel le numéro mobile a été transféré.

Le mode de prise en charge de ces coûts et leur répartition sont fixés à l'article 21, § 3 de l'arrêté royal.

d. les coûts de trafic liés à la portabilité des numéros

Les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros sont, aux termes de l'article 18, « *les coûts supplémentaires engendrés sur le réseau par des appels vers des numéros transférés par comparaison aux appels vers des numéros non transférés.* »

Aux termes de l'article 21, § 4, l'opérateur du réseau d'où l'appel est généré indemnise l'opérateur donneur pour les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros.

Le réseau d'où l'appel est généré est le réseau exploité par l'opérateur qui facture l'appel à l'utilisateur final. En cas d'appels internationaux, le réseau qui comprend l'accès d'entrée au réseau (« gateway ») lié au réseau international, est considéré comme le réseau d'où l'appel est généré.

Comme pour les coûts de portage, l'article 19 précise que les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros sont fixés par l'Institut « *sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace* » et

que les montants fixés par l'Institut pour couvrir ces coûts sont « orientés en fonction des coûts. »

Suivant le rapport au Roi, la répartition de ces coûts fera l'objet des négociations en vue de conclure un accord de portabilité des numéros.

11. Le rapport au Roi contient les indications suivantes en ce qui concerne le mode de calcul des coûts sujets à un remboursement entre opérateurs :

*« Le niveau des coûts relevant qui font l'objet d'un remboursement entre opérateurs sera fixé par l'Institut sur la base d'un modèle théorique d'un opérateur efficace sur le marché belge avec les prix du marché actuels pour l'achat (investissements) et l'exploitation des différentes composantes du réseau (...).*

*L'article 19 se rapporte à la manière dont l'Institut calcule les coûts liés à la portabilité des numéros (cf. article 105 bis, alinéa treize, dernière phrase). Là où l'article parle de coûts de trafic liés à la portabilité des numéros, il s'agit d'une transposition de l'article 30, alinéa 2, de la Directive Service universel, qui stipule que la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros doit être fonction du coût. L'orientation sur les coûts des tarifs d'interconnexion liés à la fourniture de la portabilité des numéros est en effet réalisée par la compétence de l'Institut à fixer les coûts de trafic liés à la portabilité des numéros, qui doivent être remboursés à l'opérateur donneur par l'opérateur à partir duquel l'appel est généré, conformément à l'article 21, § 4. L'Institut se basera en effet sur un modèle de coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace, qui travaille de manière orientée en fonction des coûts, ce qui implique que les prix pour l'interconnexion liée à la portabilité des numéros de cet opérateur mobile sont dérivés des coûts réels. »*

Il importe par ailleurs de faire observer que l'arrêté royal ne contient aucune disposition selon laquelle l'opérateur donneur pourrait imputer à l'opérateur receveur les coûts d'établissement par ligne ou par numéro (coûts de portage) réellement engagés lorsque ces coûts sont excessifs par rapport aux coûts fixés par l'Institut en exécution de l'article 19 de l'arrêté royal.

14 -10- 2004

L'article 22 de l'arrêté royal concerne en effet les seuls coûts d'établissement du système et de la banque de données de référence centrale. Ceux-ci peuvent être mis à charge de l'opérateur receveur « s'ils sont excessifs par rapport aux coûts moyens d'un transfert », condition qui paraît incompréhensible dans la mesure où les coûts d'établissement du système ne sont pas liés aux coûts moyens d'un transfert.

Il importe également de souligner que les dispositions de l'arrêté royal, si elles donnent à l'Institut le pouvoir de fixer les coûts de portage et les

coûts de trafic (article 19), elles ne lui confèrent en revanche pas la mission de veiller à ce que les coûts facturés par l'opérateur donneur à l'opérateur receveur pour ces services soient orientés en fonction des coûts.

Elles ne prévoient pas non plus la possibilité pour l'opérateur receveur de contester, dans le cadre d'un portage déterminé -simple ou complexe-, le caractère raisonnable des montants fixés par l'Institut que l'opérateur donneur est en droit de lui facturer.

Il résulte dès lors d'une lecture combinée des articles 11 § 9 et 22 de l'arrêté royal que l'opérateur receveur pourrait exiger du client porté une indemnité supérieure à 15 euros s'il prouve que les coûts de portage qui lui ont été facturés par l'opérateur donneur sur la base du tarif fixé par l'IBPT sont excessifs par rapport aux coûts moyens réels d'un transfert.

12. L'exécution d'une demande de transfert requiert une série d'étapes successives, dont certaines sont prévues à l'arrêté royal du 23 septembre 2003 et qui sont décrites dans un document de la *Mobile Number Portability Task Force* du 2 mai 2002<sup>5</sup>, antérieur à l'arrêté royal précité.

L'article 11 de l'arrêté royal fixe la procédure à suivre par le client qui souhaite porter son numéro. Celui-ci doit adresser une demande de transfert de son numéro mobile à l'opérateur receveur et mandater ce dernier pour entreprendre toutes les démarches nécessaires en vue de réaliser le portage et résilier, le cas échéant, son contrat vis-à-vis de l'opérateur mobile donneur.

Après la signature du document par lequel l'utilisateur final formule sa demande de portage, l'opérateur receveur adresse une demande de validation du transfert de numéro à l'opérateur donneur. Les exigences quant aux informations que cette demande doit contenir varient en fonction de la formule de souscription choisie par l'utilisateur final (abonnement/carte prépayée), du nombre de numéros à transférer (un seul ou plusieurs numéros) et selon que la demande émane d'une personne physique ou morale.

En vertu de l'article 11, § 5, de l'arrêté royal, l'opérateur donneur dispose du délai maximum suivant pour valider la demande de transfert de numéro de l'opérateur receveur en adressant à l'opérateur receveur un message d'acceptation ou un message de rejet (délai T1) :

- pour un transfert simple, à savoir le transfert d'un numéro mobile par une personne physique : 1 jour dans 95 % des cas, mais jamais plus de deux jours.

<sup>5</sup> La *Mobile Number Portability Task Force* est composée de l'IBPT et des trois opérateurs mobiles opérant sur le territoire belge devant mettre en œuvre la portabilité du numéro mobile.

- pour tous les autres transferts, qualifiés de complexes: 2 jours dans 95 % des cas, mais jamais plus de trois jours.

Il ne peut rejeter la demande de validation que pour des raisons limitées.

Suivant les indications contenues dans le document du 2 mai 2002:

- l'opérateur receveur dispose de deux jours pour les transferts simples et de huit jours pour les transferts complexes suivant la réception du message de validation pour envoyer le message d'exécution (délai T2)
- l'opérateur donneur dispose d'un délai de 30 minutes pour désactiver le numéro à transférer et en informer l'ensemble des opérateurs (délai T3)
- l'opérateur receveur dispose d'un délai de 15 minutes pour activer le numéro d'appel sur son réseau et en informer l'ensemble des opérateurs (délai T4)
- l'opérateur attributaire du numéro suivant le plan de numérotation ou l'opérateur donneur a dix minutes pour envoyer un message d'actualisation de l'information de routage à la banque de données de référence centrale (délai T5).

Aux termes de l'article 12 de l'arrêté royal précité, la période durant laquelle l'utilisateur final ne peut recevoir d'appel après le début du transfert du numéro s'élève à maximum 55 minutes dans 95 % des cas, mais jamais plus de 90 minutes.

L'ensemble du processus est automatisé à l'exception de la préparation de la demande de portabilité par l'opérateur receveur et de certaines opérations lors de la phase de validation au cours de laquelle divers incidents peuvent se produire nécessitant des interventions manuelles (vérification, coordination, correction, etc).

14 -10- 2004

#### IV. L'acte attaqué

13. Le Conseil de l'IBPT a fixé les coûts d'établissement par numéro mobile transféré avec succès à 3,86 euros pour une installation simple et à 23,41 euros pour une installation complexe et ce, pour une période de trois ans allant du 1er octobre 2002 au 1er octobre 2005.

La décision du 16 septembre 2003 est libellée comme suit :

1. *L'article 19 de l'arrêté royal relatif à la portabilité des numéros des utilisateurs finals des services de télécommunications mobiles offerts au public du 23 septembre 2002 stipule que les coûts d'établissement par ligne ou par numéro sont fixés par l'Institut sur*

*la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace. Les montants fixés par l'Institut à cet effet sont orientés en fonction des coûts. En outre, seuls les coûts de portage des numéros vers des opérateurs externes sont pris en considération.*

- 2. Conformément aux décisions du STC (Steering Committee) NPTF MOB du 27 janvier et du 27 février 2003, le coût est fixé aussi bien pour 1) un transfert simple que pour un transfert complexe (voir les définitions de l'article 11 de l'AR susmentionné) et 2) par numéro transféré avec succès.*
- 3. L'IBPT a consulté les opérateurs mobiles Base, Mobistar et Proximus par un courrier du 24 mars 2003. C'est sur cette base que la concertation bilatérale avec tous les opérateurs concernés a été poursuivie.*
- 4. L'Institut a fixé le coût d'établissement sur la base du concept de 'coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace' inscrit dans l'AR susvisé. L'Institut souligne que 'efficace' ne coïncide pas par définition avec le coût le moins élevé, mais doit plutôt être considéré comme étant compétitif au sein du groupe d'environnements comparables. Lors de l'élaboration du modèle de coûts, l'on a tenté d'utiliser le plus possible une méthodologie 'bottom-up'. A cet effet, l'on s'est basé sur un modèle le plus indépendant possible des entreprises reflétant le plus précisément possible la réalité de celles-ci, tout en vérifiant pour chaque support de coût dans quelle mesure son importance dépend du contexte spécifique de l'opérateur. Seuls les éléments pouvant être justifiés objectivement et tenant directement compte de la portabilité du numéro ont été pris en considération pour la fixation du coût. En principe seul un coût applicable à tous les opérateurs GSM est obtenu sur la base de cette méthodologie. Cette méthode a pour avantage que les opérateurs offrant une portabilité du numéro mobile efficace ne sont pas lésés par rapport aux opérateurs moins efficaces, ce qui serait effectivement le cas si l'on optait pour un modèle où les opérateurs GSM pourraient facturer tous leurs coûts à leurs concurrents.*
- 5. Le coût total de portage de numéros est calculé sur la base des coûts opérationnels annuels liés à l'investissement dans la propre plate-forme TI reliée au CBRC (Centre de la Banque de données de référence centrale), majorés des coûts supplémentaires en matière de personnel afin de traiter les demandes (traitement manuel et interventions) qui s'ajoutent aux coûts normaux pour clôturer un numéro. La moitié de ces coûts, à l'exception des coûts pertinents en matière de personnel pouvant être liés au traitement de demandes, sont attribués au portage de numéros mobiles. De plus, l'Institut s'est basé sur la supposition que les installations complexes prennent 85 % des coûts de traitement pour leur compte. Il est important de noter que les coûts d'investissement n'ont pas*

*été portés en compte car selon l'article 21, chaque opérateur mobile doit supporter lui-même l'investissement dans la propre plate-forme TI.*

6. *Pour le calcul, l'on suppose que chaque opérateur mobile transfère par année calendrier 43.000 numéros appartenant à des installations simples et 28.000 numéros appartenant à des installations complexes vers un autre opérateur mobile. Ce nombre total de numéros portés a été calculé sur la base des chiffres réels pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2002 au 13 août 2003 également dans l'hypothèse que l'opérateur mobile théorique prend 1/3 de ces transferts de numéros à son compte.*
7. *Les coûts d'établissement par numéro transféré avec succès sont calculés sur la base du modèle décrit ci-dessus à l'aide de valeurs moyennes des données de coûts transmises par les trois opérateurs GSM dans la consultation écrite, après la suppression des coûts non pertinents par l'IBPT.*
8. *Sur la base des hypothèses précédentes, le coût d'établissement par numéro mobile transféré avec succès s'élève à 3,86 euros pour une installation simple et à 23,41 euros pour une installation complexe pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2002 au 1<sup>er</sup> octobre 2005.*
9. *Si les hypothèses utilisées devaient faire l'objet de modifications importantes avant le 1<sup>er</sup> octobre 2005, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications pourrait procéder à une révision des coûts. »*

14. Il y a lieu d'observer d'emblée que la décision attaquée a un effet rétroactif. La date choisie par l'IBPT correspond à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 23 septembre 2002.

14 -10- 2004

15. L'IBPT produit la proposition de décision qu'un membre de l'IBPT a adressée au Conseil de l'IBPT en date du 12 septembre 2003, et ses annexes : un modèle théorique de détermination du coût d'établissement par numéro mobile porté et une synthèse des points de vue et observations des différents opérateurs.

Dans un premier temps, l'intégralité des données chiffrées y figurant ont été masquées. Mobistar ayant décidé de lever la confidentialité sur les données qu'elle a communiquées à l'IBPT, l'IBPT a produit en un second temps une nouvelle version des documents, en rendant lisibles les seules informations relatives à Mobistar.

V. Considérations factuelles formulées par les parties quant au niveau du tarif fixé par l'IBPT et l'incidence de celui-ci sur le marché

16. Selon Mobistar, les coûts fixés par l'IBPT par numéro porté sont excessifs, en particulier en ce qui concerne les *portages complexes* et ils ne correspondent nullement à la notion de « *coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace* » visée à l'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002.

Les montants retenus étant, suivant l'analyse de Mobistar, largement supérieurs aux coûts d'un opérateur réellement efficace, ils auraient en réalité pour objet ou pour effet de mettre l'opérateur donneur en mesure de compenser la perte de revenus qu'il subit à la suite de la perte d'un abonné. La décision attaquée tendrait dès lors à protéger et à renforcer la position de l'opérateur dominant, à savoir Belgacom Mobile, au détriment des nouveaux entrants et du consommateur et elle aurait un effet dissuasif sur l'utilisation du service de la portabilité.

A titre d'illustration, Mobistar indique qu'elle serait tenue de payer les montants suivants à Belgacom :

- en cas de portage des 14.000 numéros de la SNCB : 327.240 euros
- en cas de portage des 1000 numéros de ING : 23.410 euros.

L'IBPT réplique sur ce point qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de cas exceptionnels pour apprécier le caractère raisonnable des montants qu'il a fixé. Il défend en outre un point de vue selon lequel, pour apprécier le caractère raisonnable ou excessif de ces montants, il y aurait lieu de prendre en compte les nouvelles recettes dont Mobistar bénéficierait grâce au trafic en provenance des numéros portés.

Mobistar fait observer que l'indemnité que l'opérateur receveur peut réclamer à l'utilisateur qui souhaite porter son numéro est plafonnée à 15 euros par numéro porté, montant qui ne pourrait couvrir les coûts que celui-ci est tenu de rembourser à l'opérateur donneur, ce montant étant inférieur à celui retenu par l'IBPT pour les transferts complexes.

En outre, elle expose qu'elle ne saurait attirer des clients professionnels de Belgacom Mobile en exigeant d'eux le paiement de cette indemnité, de sorte qu'elle ne fait pas usage de la possibilité de leur facturer 15 euros par numéro porté ni à plus forte raison de la possibilité offerte par l'article 11, paragraphe 8, de l'arrêté royal de leur réclamer un montant supérieur avec l'accord préalable de l'IBPT.

Elle ajoute qu'elle ne saurait envisager de réclamer l'indemnité de 15 euros en cas de transfert simple vu qu'une telle pratique -suggérée par l'IBPT<sup>6</sup>- reviendrait indirectement à faire supporter par les

<sup>6</sup> Conclusions de synthèse, point 3.2.6. : 'au demeurant, le coût d'établissement moyen pondéré par numéro mobile porté (...) est de 11,05 euros, ce qui est bien inférieur à 15 euros (c'est-à-dire le montant de l'indemnité

consommateurs (utilisateurs non professionnels) les coûts des transferts complexes.

17. Base ne s'exprime pas sur la question de savoir si les montants fixés par l'IBPT sont trop élevés ou au contraire trop bas. Il se déduit toutefois des moyens qu'elle soulève devant le Conseil d'Etat au soutien de son recours en annulation de l'article 19 de l'arrêté royal relatif à la portabilité du numéro mobile que sa crainte est de ne pouvoir récupérer ses coûts réels en raison de la méthode de calcul des coûts imposée par cette disposition.

Base et Mobistar indiquent qu'elles ont conclu entre elles une convention en vertu de laquelle elles ne se facturent pas mutuellement les coûts de portage.

18. Belgacom Mobile fait quant à elle valoir que les montants retenus par l'IBPT ne lui permettent pas de récupérer les coûts induits par les opérations de portage.

Elle conteste que la décision attaquée aurait pour effet de la protéger des effets de l'introduction de la portabilité des numéros mobiles au détriment de Mobistar et de Base.

Elle conteste également détenir une position dominante sur le marché concerné en faisant état, notamment, d'une diminution constante de sa part de marché depuis 1996 et de la concurrence acharnée que les trois opérateurs se livrent.

## VI. Les demandes

14 -10- 2004

### A. La demande de Mobistar

19. Aux termes de ses conclusions de synthèse déposées le 3 mai 2004, Mobistar conclut qu'il plaise à la cour :

- ordonner, en application de l'article 877 du Code judiciaire, à l'IBPT de produire l'ensemble des pièces de son dossier dans leur version complète, à l'exception des informations précises et chiffrées provenant directement des opérateurs mobiles et leur appartenant, et que ceux-ci auraient expressément désignées en tant que confidentielles et, en toute hypothèse, produire une version complète du modèle théorique annexé à la pièce 24 du dossier de l'IBPT ;

---

qui peut être mis à charge des utilisateurs). Dans ces conditions, il ne peut être admis que les coûts fixés par le concluant seraient exorbitants ou excessifs.'

- constater que la décision attaquée est illégale et à tout le moins manque en fait ;
- mettre à néant la décision de l'IBPT et

à titre principal, fixer les coûts d'établissement par ligne ou par numéro engendrés suite au transfert d'un ou de plusieurs numéros mobiles sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace et de manière à ce qu'ils soient orientés en fonction des coûts ;

à titre subsidiaire, constater, le cas échéant, les carences de l'enquête effectuée par l'IBPT et, par conséquent, constater qu'elle n'est pas en mesure de fixer les dits coûts conformément aux articles 19 et 20 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 ;

à titre plus subsidiaire encore, dans l'hypothèse où la cour devrait considérer qu'il convient de suspendre l'examen du présent recours dans l'attente de l'arrêt du Conseil d'Etat sur le recours de Base tendant à l'annulation de l'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002, ordonner à titre de mesure provisoire, la suspension de la décision attaquée jusqu'à ce que la cour se soit prononcée sur les conséquences pour la présente procédure de l'arrêt du Conseil d'Etat, une fois celui-ci intervenu ;

- condamner l'IBPT aux dépens de l'instance en ce compris l'indemnité de procédure.

## **B. La demande de Belgacom Mobile**

20. Belgacom Mobile conclut au rejet du recours de Mobistar et à ce qu'il plaise à la cour :

- mettre la décision attaquée à néant, et
- fixer les coûts d'établissement par ligne ou par numéro porté à 16,34 euros par numéro pour les transferts simples et à 37,29 euros pour les transferts complexes pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2002 au 1<sup>er</sup> octobre 2005.
- condamner l'IBPT aux dépens.

14 -10- 2004

## **C. La demande de Base**

21. Base conclut au bien fondé du recours de Mobistar et au rejet de la demande de Belgacom Mobile.

Elle prie la cour de dire pour droit que la décision attaquée est illégale en ce qu'elle a été adoptée en application de l'arrêté royal du 23

septembre 2002 relatif à la portabilité des numéros des utilisateurs finals des services de télécommunications mobiles offerts au public, et en conséquence de l'annuler.

A titre subsidiaire, elle demande à la cour de poser la question suivante à la Cour de Justice des Communautés européennes :

*« Est-ce que le principe d'orientation sur les coûts tel que prévu à l'article 30, alinéa 2, de la directive 2002/22/EC du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communication électroniques, requiert que les tarifs orientés sur les coûts soient basés sur une analyse des coûts réels des opérateurs régulés en question et peut-il contraindre des opérateurs à appliquer des tarifs qui ne leur permettent pas de couvrir leurs coûts réels ? ».*

## VII. Discussion

### A. A titre liminaire, sur l'objet et la nature de l'acte attaqué et sur la compétence de la cour de connaître du recours

22. Avant d'examiner les différents moyens présentés par les parties, il importe de déterminer l'objet de la décision déférée au contrôle de la cour et la nature de l'intervention de l'IBPT dans la présente affaire.

L'acte attaqué répond à la notion de loi entendue dans un sens matériel. En fixant le montant des coûts de portage d'un numéro mobile, l'IBPT a exercé une compétence réglementaire que le législateur lui a donnée aux termes de l'article 105 bis, alinéa treize, dernière phrase de la loi du 21 mars 1991 – du moins dans l'interprétation donnée à cette disposition par l'arrêté royal du 23 septembre 2002-, et énoncé une norme juridique de caractère général et obligatoire qui vaut pour tous les cas de portage d'un numéro mobile.

Il résulte en effet des dispositions de l'arrêté royal susmentionné que l'opérateur donneur se voit reconnaître le droit d'exiger de l'opérateur receveur le remboursement des coûts de portage fixés par l'IBPT, de sorte qu'en procédant au calcul desdits coûts, l'IBPT a fixé pour le service un prix général en valeur absolue destiné à couvrir les coûts encourus par l'opérateur donneur qui sont à charge de l'opérateur receveur.

23. L'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des postes et télécommunications belges, entrée en vigueur le 23 avril 2003, confère à la cour la compétence de connaître

des recours contre les « décisions » de l'IBPT. Il s'agit, selon la même disposition, d'un recours de pleine juridiction.

Il ne résulte ni des termes de cette disposition ni des travaux préparatoires que le législateur n'aurait visé que les décisions individuelles de l'IBPT, dépourvues de contenu normatif.

Il a été indiqué au cours des travaux préparatoires de la loi que « la compétence générale du Conseil d'Etat de connaître des recours en annulation contre les décisions administratives s'efface donc ici devant la volonté du législateur de la confier à la cour d'appel de Bruxelles. »<sup>7</sup>

Par ailleurs, la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 (directive « cadre ») énonce en son article 4, paragraphe 1, en ce qui concerne le droit de recours :

*« Les Etats membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Cet organisme, qui peut être un tribunal, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions. Les Etats membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace. Dans l'attente de l'issue de la procédure, la décision de l'autorité réglementaire nationale est maintenue, sauf si l'organisme de recours en décide autrement. »*

Il ressort des dispositions de cette directive et des directives particulières que les mécanismes de recours doivent être mis en place pour toute décision des autorités réglementaires nationales prises dans le cadre des « tâches réglementaires » qui leur sont assignées, ces mots désignant toute intervention de l'autorité administrative, qu'elle consiste en une mesure générale et abstraite, ou en une décision particulière.

Il y a donc lieu de considérer qu'à défaut de dispositions dans la loi dans la loi du 17 janvier 2003 limitant le pouvoir de juridiction de la cour aux seules décisions individuelles, le recours devant la cour d'appel de Bruxelles est ouvert contre toute décision de l'IBPT, quelle que soit sa nature, susceptible d'affecter les intérêts des utilisateurs ou ceux des opérateurs.

La compétence de la cour n'est d'ailleurs contestée par aucune des parties.

14 -10- 2004

<sup>7</sup> Doc 50 1937/001

**B. Sur la recevabilité du recours de Mobistar****1. Sur le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut d'urgence, présenté par l'IBPT**

24. L'IBPT invoque l'irrecevabilité du recours de Mobistar en faisant valoir le défaut d'urgence. L'Institut déduit le défaut d'urgence du fait que Mobistar aurait tardé à former son recours alors que, selon l'Institut, en énonçant que la cour statue comme en référé, l'article 2 § 1<sup>er</sup> de la loi du 17 janvier 2003 aurait pour effet de priver les intéressés de la possibilité d'introduire un recours s'ils n'agissent pas avec célérité.

25. Le moyen manque en droit. En précisant que la cour statue comme en référé, le législateur a entendu renforcer l'efficacité du recours, conformément à l'obligation qui pèse sur les Etats membres de mettre en place des mécanismes de recours efficaces en vertu de l'article 4 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), et non introduire une cause de déchéance du droit d'agir en justice.

**2. Sur le moyen de l'IBPT tiré du fait que Mobistar ne fournit pas les éléments permettant à la cour de fixer les coûts de portage**

26. Se fondant sur l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 janvier 2003 qui attribue à la cour une compétence de pleine juridiction, l'IBPT soutient que le législateur aurait non seulement conféré à la cour le pouvoir de réformer l'acte attaqué quelle que soit la nature de l'intervention de l'IBPT, mais également exclu que la cour puisse se limiter à examiner la légalité de l'acte attaqué.

La recevabilité du recours serait donc subordonnée à la production par la partie requérante d'éléments permettant à la cour de substituer sa propre décision à celle de l'IBPT.

L'IBPT observe que Mobistar ne produit pas les éléments qui permettraient à la cour de calculer les coûts de portage en appliquant la méthode de calcul de ces coûts décrite à l'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité du numéro mobile et qu'elle ne formule aucune proposition alternative quant à la fixation de ces coûts.

Selon l'Institut, cette seule constatation entraînerait l'irrecevabilité du recours, la cour n'étant pas compétente pour prononcer un arrêt d'annulation.

14 -10- 2004

27. En dotant la cour d'une compétence de pleine juridiction, le législateur a entendu lui donner des pouvoirs bien plus étendus que ceux qui sont reconnus au juge dans le contentieux de l'annulation. Il n'a en revanche nullement privé la cour de la possibilité de prononcer un arrêt d'annulation de l'acte entaché d'illégalité dans l'hypothèse où celle-ci devrait constater une impossibilité, en fait ou en droit, de substituer sa propre décision à la décision entachée d'illégalité.

En décider autrement reviendrait à priver le justiciable de toute protection contre les interventions de l'IBPT notamment dans l'hypothèse où l'acte attaqué de l'IBPT a pour objet d'énoncer une règle de droit générale et abstraite. Il n'entre en effet pas dans les attributions de la cour d'édicter une norme de droit.

Il appartient par contre à la cour de vérifier, le cas échéant d'office, la légalité de la base juridique de l'acte normatif attaqué au jour où il a été pris, sa conformité aux règles de droit européen et de se limiter à annuler l'acte si elle devait constater que celui-ci est dépourvu de base juridique, qu'il se fonde sur une base juridique illégale ou à en écarter les effets s'il est en contradiction avec une règle de droit européen.

Le droit d'agir du requérant ne saurait donc dépendre du fait que la cour constate préalablement que les conditions d'une réformation de la décision de l'IBPT sont réunies.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

### **3. Sur le moyen tiré du défaut d'intérêt, présenté par l'IBPT**

28. Selon l'IBPT, Mobistar n'aurait pas d'intérêt à obtenir l'annulation de la décision attaquée ou sa réformation.

L'Institut indique à cet égard qu'au 31 mars 2004, le nombre de clients ayant porté leur numéro vers Mobistar est inférieur au nombre de clients de Mobistar qui ont fait porter leur numéro vers un opérateur tiers de sorte que la rémunération globale que Mobistar a perçue pour les coûts de portage est plus importante que celle qu'elle a dû payer aux autres opérateurs.

29. Le moyen manque de fondement tant en droit qu'en fait. L'intérêt de Mobistar à agir ne saurait dépendre de la fluidité réelle des numéros mobiles en sa faveur durant une période limitée. En outre, toute entrave à la portabilité du numéro mobile est susceptible de réduire le nombre de numéros portés et donc également les revenus récurrents générés par le trafic en provenance de numéros portés.

14 -10- 2004

## C. Sur la légalité de la base juridique sur laquelle repose l'acte attaqué

### 1. Position des parties

30. La décision attaquée a été adoptée sur le fondement de l'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité du numéro mobile. Cette disposition fait l'objet d'un recours en annulation, introduit par Base devant le Conseil d'Etat en date du 11 juillet 2003.

L'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité du numéro mobile a été pris sur le fondement de l'article 105 bis, alinéa douze, de la loi du 21 mars 1991.

Comme indiqué plus haut, il appartient à la cour de vérifier, le cas échéant d'office, la légalité de la base juridique sur laquelle se fonde l'acte attaqué -contestée en l'espèce par Base-, et il n'existe aucune raison de surseoir à statuer dans la présente affaire dans l'attente d'une décision du Conseil d'Etat sur le recours en annulation de Base.

31. Pour rappel, l'article 30, paragraphe 2, de la directive « service universel » dispose que « *Les autorités réglementaires nationales veillent à ce que la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros soit fonction du coût et que, le cas échéant, les redevances à payer au consommateur ne jouent pas un rôle dissuasif à l'égard de l'utilisation de ces compléments de services* ».

Selon Base, l'obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts prévue dans cette disposition s'applique à tous les coûts qui font l'objet d'une facturation entre l'opérateur donneur et l'opérateur receveur, et donc également aux coûts de portage.

14 -10- 2004

Base critique l'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 en ce que celui-ci fait obligation à l'IBPT de calculer les coûts d'établissement par ligne ou par numéro et les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros *sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace*.

Elle fait valoir dans le cadre de la présente affaire qu'en imposant ce mode de calcul, la disposition précitée est contraire à l'article 30, paragraphe 2 de la directive 2002/22/CE (directive « service universel »), et partant aux articles 10 et 249 du Traité CE, et discriminatoire.

Base soutient, en substance, que la règle de l'orientation des tarifs en fonction des coûts que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2002/22/CE impose aux opérateurs en ce qui concerne la tarification de

l'interconnexion liée à la fourniture du service de la portabilité requiert une analyse individuelle et détaillée des coûts de chaque opérateur pour la fourniture du service et qu'elle s'oppose donc à la fixation d'une tarification qui serait à la fois commune et théorique.

Il se déduit des conclusions de Base que celle-ci ne met pas directement en doute la légalité de l'attribution au Roi de la mission de fixer la méthodologie pour la fixation des coûts entre les parties concernées, ni la légalité de l'attribution à l'IBPT de la mission de calculer les coûts, missions expressément prévues à l'article 105 bis de la loi du 21 mars 1991.

Ses moyens portent exclusivement sur le choix de la méthode de calcul des coûts de portage et des coûts de trafic encourus par l'opérateur donneur, qui ne prendrait pas en considération le fait que les coûts des opérateurs mobiles peuvent être différents pour des raisons objectives, liées notamment au volume et à la capacité.

32. L'IBPT prétend que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») est étranger à la fixation des coûts d'établissement par ligne ou par numéro induits par la portabilité des numéros mobiles, seuls en cause dans la présente affaire. Il ne concernerait que les coûts de terminaison des communications à destination d'un numéro mobile porté qui transitent par l'opérateur du numéro attributaire du numéro porté qui n'est plus l'opérateur de souscription.

L'Institut fait encore observer que suivant le rapport au Roi (supra, point 11), l'article 19 de l'arrêté royal constituerait la transposition de l'article 30, paragraphe 2 de la directive uniquement en ce qu'il a trait aux coûts de trafic. En conséquence, il ne saurait être contraire à cette disposition de la directive en ce qu'il porte sur les coûts de portage. Selon l'IBPT, en prévoyant que les coûts de portage devaient également être orientés vers les coûts, le Roi a pris une option qu'il était libre de prendre en vertu de l'article 105 bis, alinéa 12 de la loi du 21 mars 1991, en assurant à l'opérateur donneur une rémunération pour les coûts de transfert du numéro qu'il encourt.

Il renvoie au mémoire en réponse de l'Etat belge déposé dans le cadre du recours en annulation introduit par Base devant le Conseil d'Etat. Selon l'Etat belge, le principe de l'orientation des tarifs en fonction des coûts ne s'opposerait pas à l'adoption par les Etats membres de mesures plus restrictives que celles prévues dans les directives au nombre desquelles figure l'obligation pour les opérateurs de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts réels. Ainsi, ce principe ne ferait pas obstacle à la fixation d'un coût théorique qui pourrait être moins élevé que le coût réel, afin de protéger le consommateur contre des tarifications dissuasives en obligeant l'opérateur dont les coûts réels seraient supérieurs aux coûts théoriques

« à aligner ses tarifs à la baisse pour être conforme à ceux fixés par l'IBPT ».

33. Belgacom Mobile conclut dans le même sens que l'IBPT. Le transfert d'un numéro mobile ne constituerait pas un service d'interconnexion et l'article 30, paragraphe 2, de la directive ne viserait, en ce qui concerne la relation entre les opérateurs, que les services d'interconnexion rendus entre les opérateurs, dont le coût est exclusivement fonction du trafic sur le numéro porté.

La décision attaquée violerait en revanche l'article 21 § 2 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 sur la portabilité du numéro mobile dans la mesure où elle a pour conséquence que Belgacom Mobile doit supporter en tant qu'opérateur donneur au moins une partie desdits coûts alors que cette disposition prévoit que les coûts de portage sont à charge de l'opérateur receveur.

34. Mobistar soutient que s'il est exact que l'article 30, paragraphe 2, de la directive ne mentionne pas les coûts de portage, il n'en demeure pas moins évident qu'en assignant aux autorités réglementaires nationales la tâche de veiller à ce que la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros soit fonction des coûts et que les redevances à payer par les utilisateurs ne jouent pas un rôle dissuasif à l'égard de l'utilisation du service de portabilité, le législateur européen a fait implicitement interdiction aux autorités réglementaires nationales de prendre quelque mesure que ce soit qui entraverait le développement de la portabilité des numéros.

Selon Mobistar, l'article 19 de l'arrêté royal constituerait une transposition correcte de l'article 30, paragraphe 2 de la directive, en ce qu'il édicte une méthode de calcul des coûts de portage qui garantirait que les coûts de la portabilité ne soient pas fixés à un niveau dissuasif. En revanche, la décision attaquée fixerait les coûts à un niveau dissuasif.

14 -10- 2004

## 2. Appréciation de la cour

- **sur les effets de droit de la décision de l'IBPT fixant le coût d'établissement par numéro porté avec succès**

35. Il convient de constater d'abord que les parties s'entendent quant aux effets de droit qu'il y a lieu d'attacher à la décision attaquée à la lumière des dispositions de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 sur la portabilité du numéro mobile.

Ceux-ci peuvent être analysés comme suit :

1° la décision attaquée n'empêche pas les opérateurs de négocier un prix plus bas.

Les opérateurs sont libres d'appliquer pour un portage déterminé des prix inférieurs aux montants fixés par l'IBPT ou de négocier entre eux des accords par lesquels ils conviennent d'appliquer des tarifs plus bas. L'accord intervenu entre Base et Mobistar qui ont décidé d'exécuter gratuitement leurs demandes réciproques de portage n'est pas contesté.

2° la décision attaquée fait obstacle à l'application d'un prix supérieur aux montants fixés par l'IBPT

Les opérateurs ne sont pas autorisés à exiger un montant supérieur pour un portage déterminé, ni à convenir entre eux d'un prix supérieur au montant fixé par l'IBPT pour toute demande de portage.

Il convient de relever à cet égard que l'IBPT indique dans la décision attaquée que la méthode 'bottom up' qu'il a utilisée « *a pour avantage que les opérateurs offrant une portabilité du numéro mobile efficace ne sont pas lésés par rapport aux opérateurs moins efficaces, ce qui serait effectivement le cas si l'on optait pour un modèle où les opérateurs GSM pourraient facturer tous leurs coûts à leurs concurrents* ».

Dans son mémoire en réponse auquel renvoie l'IBPT, l'Etat belge soutient en outre que les montants calculés par l'IBPT pour couvrir les coûts, fondés sur les coûts théoriques d'un opérateur efficace, sont des montants maxima et que l'objectif est « *de contraindre les opérateurs à réduire leurs coûts réels pour tendre vers plus d'efficacité* ».

14 -10- 2004

Comme indiqué plus haut (point 11), l'arrêté royal du 23 septembre 2002 sur la portabilité du numéro mobile ne donne pas à l'opérateur donneur le droit de réclamer à l'opérateur receveur les coûts réellement engagés si ceux-ci sont supérieurs aux coûts fixés par l'Institut.

3° L'opérateur donneur a le droit d'exiger le paiement des montants fixés par l'IBPT quels que soient les coûts réellement engagés

L'article 21, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 sur la portabilité du numéro mobile, prévoit que les coûts de portage sont à charge de l'opérateur receveur. Il s'agit des coûts fixés par l'Institut en exécution de l'article 19 de l'arrêté royal.

Dès lors, chaque opérateur se voit reconnaître le droit d'appliquer la tarification fixée par l'IBPT sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace sans devoir justifier la hauteur des

redevances qui sont présumées orientées en fonction des coûts. L'opérateur receveur ne pourrait contester ce droit.

Il convient à cet égard de souligner que ni l'IBPT ni aucun des opérateurs ne font valoir l'existence d'une obligation légale distincte d'orientation en fonction du coût qui obligerait l'opérateur donneur à appliquer le cas échéant des montants moins élevés que ceux fixés par l'IBPT.

L'existence d'une telle obligation ne peut en effet être déduite de la dernière phrase de l'article 19 de l'arrêté royal libellée comme suit : « les montants fixés par l'Institut (...) sont orientés en fonction des coûts ». Cette précision ne s'adresse pas aux opérateurs mais à l'Institut.

Seul l'Etat belge, qui n'est pas à la cause, fait valoir une telle obligation dans son mémoire en réponse devant le Conseil d'Etat mais seulement dans le chef des opérateurs puissants en s'appuyant sur l'article 106, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991 qui prévoit que les organismes puissants sont tenus au respect du principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne l'interconnexion<sup>8</sup>.

Or l'exécution d'une demande de portage n'étant pas un service d'interconnexion selon la thèse que défend l'IBPT et Belgacom Mobile, l'article 106, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991 ne peut donc pas être applicable, selon eux, aux services en cause.

4° l'IBPT ne doit pas veiller à ce que la tarification appliquée par l'opérateur donneur pour l'exécution des demandes de portage soit orientée en fonction des coûts

14 -10- 2004

L'IBPT n'est pas tenu de veiller de sa propre initiative ou à la demande d'un opérateur, à ce que les tarifs appliqués par chaque opérateur pour le service consistant à l'exécution des demandes de portage, ou d'une demande de portage déterminée, soient orientés en fonction de ses propres coûts ni même qu'ils soient raisonnables au regard des coûts réels du service.

L'IBPT indique seulement dans la décision attaquée qu'il procéderait à une révision des coûts si les hypothèses utilisées devaient faire l'objet de modifications importantes avant le 1<sup>er</sup> octobre 2005.

36. Il résulte des constatations qui précèdent qu'il convient d'attacher à la décision attaquée les effets d'une mesure par laquelle un prix maximum commun est imposé pour le portage d'un numéro, prix auquel il ne peut être dérogé qu'à la baisse avec l'accord de l'opérateur donneur.

<sup>8</sup> mémoire en réponse de l'Etat belge, pages 13 et 14

Comme l'indique l'Etat belge dans son mémoire en réponse devant le Conseil d'Etat, cette mesure est plus contraignante qu'une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts dès lors qu'elle peut avoir pour effet qu'un opérateur ne puisse pas récupérer les coûts réellement engagés pour exécuter, en qualité d'opérateur donneur, les demandes de portage. Elle peut en outre avoir pour effet de contraindre même un opérateur efficace à fournir le service à perte, le coût moyen d'un service étant fonction d'une série d'éléments objectifs tels que sa position sur le marché, le volume des opérations ou du trafic, la phase de déploiement des investissements, leur importance, etc.

Par ailleurs, cette mesure restreint l'autonomie de la volonté de tous les opérateurs, y compris les opérateurs qui ne sont pas puissants sur le marché.

**- sur la possibilité laissée aux Etats membres de restreindre l'autonomie de la volonté des opérateurs en ce qui concerne les conditions commerciales du transfert d'un numéro mobile**

37. La directive 97/33/CE (directive « ONP ») énumérait une série d'obligations qui s'imposaient aux entreprises puissantes sur le marché, notamment en ce qui concerne la transparence, la non-discrimination, la séparation comptable, l'accès et le contrôle des prix.

Il se déduit de l'arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes du 13 décembre 2001<sup>9</sup> que les dispositions qui énoncent les obligations susceptibles d'être imposées aux opérateurs puissants sur le marché, devaient être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposaient pas à ce que les Etats membres permettent aux autorités réglementaires nationales d'imposer ex ante à un opérateur qui est puissant sur le marché des obligations autres que celles qui étaient prévues dans la directive ou de fixer ex ante des conditions dans les domaines autres que ceux énumérés par la première partie de l'annexe VII de la directive qui concerne le cadre de négociation des accords relatifs à l'interconnexion, du moins quand cela apparaît nécessaire afin de faciliter l'introduction de la concurrence et de promouvoir les intérêts des utilisateurs.

Il ne se déduit cependant ni des dispositions de la directive « ONP » ni de la jurisprudence de la Cour que les Etats membres étaient habilités à adopter des mesures visant à restreindre l'autonomie de la volonté des opérateurs autres que les opérateurs puissants sur le marché, en prévoyant des mesures allant au-delà de celles que le législateur européen avait prévues en ce qui concerne l'ensemble des opérateurs.

14 -10- 2004

<sup>9</sup> CJCE 13 décembre 2001, Affaire C-79/00, *Recueil de jurisprudence* 2001 page I-10075

Au nombre de ces dernières figure l'obligation de fournir le service de portabilité en respectant une tarification raisonnable, mais qui ne s'appliquait pas aux services de téléphonie mobile.

Le cinquième considérant de la directive 97/33/CE (ONP) du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion énonce que « *les organismes autorisés à fournir des réseaux publics de télécommunications ou des services de télécommunications accessibles au public sur l'ensemble ou sur une partie du territoire de la Communauté doivent être libres de négocier des accords d'interconnexion sur une base commerciale dans le respect du droit communautaire, sous réserve de la supervision et, le cas échéant, de l'intervention des autorités réglementaires nationales.* »

L'article 3 de la directive dispose que les Etats membres prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer les éventuelles restrictions qui empêchent les dits organismes de négocier entre eux des accords d'interconnexion conformément à la législation communautaire. Suivant cette disposition, les modalités techniques et commerciales d'interconnexion font l'objet d'un accord entre les parties concernées. Selon l'annexe VII de la directive, les questions relatives à la portabilité du numéro font partie du cadre de négociation des accords relatifs à l'interconnexion.

L'article 9 paragraphe 2 de la directive qui confère aux autorités réglementaires nationales la mission de fixer des conditions d'interconnexion ex ante et le douzième considérant de cette directive, qui énonce que « *la négociation d'accords d'interconnexion peut être facilitée si les autorités réglementaires nationales fixent préalablement certaines conditions, conformément au droit communautaire, en tenant compte des recommandations définies par la Commission en vue de faciliter le développement d'un véritable « marché domestique » européen et déterminent quels autres domaines doivent être couverts par les accords d'interconnexion* », ne permettent nullement de conclure à la possibilité de soumettre le service qui consiste à exécuter une demande de portage à un prix commun à tous les opérateurs en limitant ainsi la liberté de négociation des opérateurs non puissants.

14 -10- 2004

38. Le cadre réglementaire de 2002 consacre avec plus de force encore le principe de la liberté de négociation des opérateurs puisque son objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché en faisant dépendre l'imposition d'obligations ex ante ou leur maintien d'une identification des marchés qui ne sont pas effectivement concurrentiels.

Ainsi, le considérant 14 de la directive 2002/19/CE (directive « accès ») précise que les obligations qui étaient susceptibles d'être imposées aux entreprises puissantes sur le marché en exécution de la directive 97/33/CE constituent dorénavant « *un ensemble maximal*

*d'obligations pouvant être imposées aux entreprises* » et que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il peut être opportun d'imposer des obligations en matière d'accès ou d'interconnexion à tous les acteurs du marché.

L'article 8 de cette directive dispose que sans préjudice des dispositions qu'il énumère, au nombre desquelles figure l'article 30 de la directive « service universel » qui vise également la téléphonie mobile, les autorités réglementaires nationales n'imposent pas les obligations définies aux articles 9 à 13 aux opérateurs qui n'ont pas été désignés comme disposant d'une puissance significative sur un marché donné. Une obligation concernant l'orientation des prix en fonction des coûts, visée à l'article 13, ne peut donc être imposée aux opérateurs non puissants.

Il y a dès lors lieu de constater, *prima facie*, qu'il ne se déduit d'aucune disposition des directives qui composent le nouveau cadre que les Etats membres seraient, sauf cas exceptionnels, autorisés à restreindre la liberté de négociation de l'ensemble des opérateurs en imposant une obligation d'orientation vers les coûts ou en adoptant des mesures par lesquelles un prix commun serait fixé pour un service fourni par un opérateur à un autre.

39. Comme indiqué plus haut, l'IBPT et Belgacom font valoir que l'article 30, paragraphe 2 de la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») est étranger au service consistant à exécuter une demande de portage et qu'il ne vise que les services d'interconnexion fournis à l'occasion des appels vers les numéros portés.

Dès lors, selon ces parties, cette disposition laisserait entière la liberté des Etats membres d'étendre l'obligation d'orientation en fonction des coûts à la tarification des prestations nécessaires à la réalisation du portage du numéro, ou d'adopter toute autre mesure telle l'imposition d'un prix commun fixé sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace.

14 -10- 2004

40. Ce raisonnement paraît de prime abord inexact.

Il résulte *prima facie* des considérations qui précèdent qu'une interprétation restrictive de la notion « tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros » visée à l'article 30 paragraphe 2 de la directive 2002/22/CE (directive « service universel »), fondée sur une distinction entre les coûts de trafic et les coûts de portage, à la supposer exacte, doit au contraire conduire au respect du principe de l'autonomie de la volonté dont les opérateurs autres que les opérateurs puissants peuvent se prévaloir.

41. L'arrêté royal du 23 septembre 2002 sur la portabilité du numéro mobile a été adopté avant l'entrée en vigueur du nouveau cadre législatif européen.

Si, comme l'IBPT et Belgacom le prétendent, l'article 30 paragraphe 2 de la directive « service universel » ne s'applique pas aux coûts de portage, force est de constater *prima facie* que les dispositions de cet arrêté royal sont contraires aux dispositions de la directive 97/33/CE (directive « ONP ») qui était en vigueur au moment de son adoption, en ce qu'elles limitent sans justification l'autonomie de la volonté et la liberté de négociation des opérateurs autres que les opérateurs puissants sur le marché en édictant des règles selon lesquelles :

- tout opérateur est tenu, lorsqu'il est opérateur donneur, de respecter un prix maximum
- tout opérateur est tenu, lorsqu'il est opérateur receveur, de payer ce prix sauf accord de l'opérateur donneur.

Dans la même hypothèse, il faudrait constater, *prima facie*, que les dispositions de l'arrêté royal sont également contraires aux dispositions du nouveau cadre législatif européen, dont le délai de transposition expirait le 24 juillet 2003, en ce qu'elles édictent des règles qui constituent une atteinte à la liberté des opérateurs de négocier les conditions commerciales du service de portabilité du numéro mobile.

- **sur l'interprétation à donner à l'article 30 paragraphe 2 de la directive « service universel »**

42. Le service de la portabilité du numéro était visé de manière expresse dans la directive 97/33/CE (directive « ONP ») qui est, comme son intitulé l'indique, relative à l'interconnexion.

Le considérant 15 énonce : « *la portabilité du numéro représente un service important pour les utilisateurs, et doit être réalisée dès que possible* ».

L'article 12, paragraphe 5, deuxième alinéa disposait que « *afin d'assurer que les redevances à payer par le consommateur sont raisonnables, les autorités réglementaires nationales veillent à ce que la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de ce service soit raisonnable* ».

L'annexe IV qui fournit une liste d'exemples d'éléments entrant dans l'élaboration des redevances d'interconnexion, cite les frais supportés pour assurer la portabilité des numéros.

L'annexe VII qui décrit le cadre de négociation des accords relatifs à l'interconnexion, visé à l'article 9 paragraphe 2 de la directive, cite les exigences en matière de portabilité du numéro au nombre de domaines dans lesquels l'autorité nationale peut fixer des conditions ex ante.

L'interconnexion, qui constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics, est définie à l'article 2, b de la directive « accès » comme « *la liaison physique et logique des réseaux de télécommunications utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre entreprise ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise* ».

La portabilité du numéro étant un moyen pour l'utilisateur d'accéder aux services fournis par un autre organisme tout en conservant son numéro, il semble raisonnable de considérer, prima facie, que l'exécution d'une demande de portage par l'opérateur donneur constitue notamment un service d'interconnexion.

Il n'y a dès lors pas lieu, prima facie, en ce qui concerne l'obligation qui pèse sur les opérateurs quelle que soit leur puissance de marché d'établir les tarifs de l'interconnexion liés à la fourniture de la portabilité des numéros en fonction du coût, d'opérer une distinction entre les coûts de portage et les coûts de trafic, au motif que les premiers sont encourus avant le transfert du numéro, pour exécuter la demande de portage, alors que les seconds naissent après le transfert.

En décider autrement reviendrait semble-t-il à considérer que la fixation des coûts de portage est laissée à l'entière liberté des parties alors que son objectif est d'encourager la portabilité des numéros, considérée comme un élément moteur du choix du consommateur et du jeu effectif de la concurrence.

14 -10- 2004

La fixation d'une indemnité excessive pour les coûts de portage est en effet de nature à dissuader les opérateurs de mener une politique visant à attirer à eux les abonnés de leurs concurrents nonobstant l'espoir de générer des revenus supplémentaires grâce au trafic sur les numéros portés et à maintenir la clientèle de l'opérateur dominant captive de celui-ci.

C'est donc de prime abord à bon droit que Base fait valoir que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») ne vise pas exclusivement les tarifs de terminaison des appels mais concerne tous les coûts induits par la portabilité des numéros, qu'ils soient facturés à l'acte à l'opérateur receveur ou au contraire de façon récurrente.

- **sur la possibilité laissée aux Etats membres d'habiliter les autorités réglementaires à fixer ex ante la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros**

43. Il ne résulte pas des termes de l'article 30 paragraphe 2 de la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») que le législateur européen a entendu que soit confiée aux autorités nationales la mission de fixer ex ante, en lieu et place des opérateurs, par une mesure générale et abstraite, la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros.

La tâche impartie aux autorités réglementaires nationales par cette disposition et qui consiste à veiller au respect par les opérateurs de l'obligation d'orienter les tarifs vers les coûts semble au contraire incompatible avec une intervention préalable de l'autorité ayant pour objet de déterminer un prix commun.

L'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 sur la portabilité du numéro mobile, lu en liaison avec l'article 21 § 1 du même arrêté, paraît donc de prime abord contraire à l'article 30 paragraphe 2 de la directive, en ce qu'il attribue à l'IBPT le pouvoir de déterminer la hauteur de la redevance que l'opérateur donneur est en droit de facturer à l'opérateur receveur pour couvrir les « coûts d'établissement par ligne ou par numéro », et ce indépendamment de la question de savoir si les critères d'évaluation retenus – à savoir les coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace – sont pertinents.

- **sur la possibilité laissée aux Etats membres de définir la notion de tarification orientée vers les coûts**

14 -10- 2004

44. A supposer, comme la cour le constate de prime abord, que l'article 30 paragraphe 2 de la directive 2002/22/CE prescrit une obligation pour les entreprises d'orienter la tarification du service consistant à exécuter une demande de portage en qualité d'opérateur donneur en fonction des coûts, la question se pose de savoir si cette disposition laisse aux Etats membres la possibilité de définir, par des mesures de transposition spécifiques, le contenu même de la notion soit en imposant une méthode de calcul des coûts, soit en déterminant ex ante le prix du service pour une période déterminée.

L'article 105 bis de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques donne au Roi le pouvoir de fixer, sur avis de l'Institut, les règles de base en vue de la mise en œuvre du service de la portabilité, la méthodologie pour la fixation des coûts et la

répartition de ces coûts entre les parties concernées et habilite l'Institut à calculer ces coûts.

Cette disposition donne donc au Roi le pouvoir d'établir la méthodologie pour la fixation des coûts.

S'agissant des méthodes de calcul des coûts engagés, il ressort cependant du considérant 20 et de l'article 13 de la directive 2002/19/CE (directive « accès »), que le législateur européen n'a apparemment pas entendu que soit imposée une méthode déterminée mais a au contraire invité les autorités réglementaires nationales à adapter la méthode de récupération des coûts aux circonstances en tenant compte de la nécessité de promouvoir l'efficacité et une concurrence durable et d'optimiser les profits pour le consommateur.

Par ailleurs, la règle selon laquelle il incombe aux entreprises soumises à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, contenue à l'article 13 de la directive « accès » semble faire obstacle à toute méthodologie de tarification qui serait fondée sur une approche théorique des coûts.

En conclusion, la cour constate prima facie que les alinéas 12 et 13 de l'article 105 bis précité doivent être écartés dans la mesure où ceux-ci doivent s'interpréter comme confiant au Roi le pouvoir d'imposer une ou plusieurs méthodes déterminées de calcul des coûts générés par le service de portabilité du numéro mobile.

**- sur le moyen tiré de la nécessité de promouvoir l'efficacité**

14 -10- 2004

45. Enfin, l'argument tiré de la nécessité de promouvoir l'efficacité ne convainc pas.

Premièrement, il résulte de l'article 13 de la directive « accès » et de son considérant 20 que les autorités réglementaires nationales ont la possibilité, lorsqu'elles calculent les coûts d'un service, de promouvoir l'efficacité des prestations en utilisant des méthodes de comptabilisation distinctes de celles appliquées par les entreprises ou encore la possibilité de prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés concurrentiels comparables.

Deuxièmement, l'article 20 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 habilite l'IBPT à intervenir lorsqu'un opérateur n'a pas introduit la portabilité du numéro de manière efficace, ce qui permet à l'IBPT d'exiger qu'il respecte certaines contraintes techniques et opérationnelles pour atteindre un degré d'efficacité satisfaisant.

Troisièmement, le non respect du principe d'efficacité peut donner lieu à une procédure en constatation d'infraction sur pied de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des services des postes et des télécommunications belges.

Il y a dès lors lieu *prima facie* de rejeter le moyen tiré de la nécessité de promouvoir l'efficacité des entreprises en les obligeant indirectement à aligner leurs coûts sur le modèle des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace.

### Conclusion

46. Il y a donc lieu de conclure, *prima facie*, que la décision attaquée de l'IBPT est dépourvue de base légale valable.

Eu égard aux considérations qui précèdent sur la légalité de la base juridique qui fonde la décision attaquée, et aux incidences graves que cette décision est susceptible d'entraîner sur le jeu de la concurrence et le libre choix du consommateur, il y a lieu également d'en suspendre les effets dans l'attente d'une réponse de la Cour du Justice des Communautés européennes aux questions préjudicielles énoncées dans le dispositif du présent arrêt.

### **D. Sur le recours de Mobistar en ce qu'il tend à l'annulation de la décision attaquée**

47. Le bien fondé du recours dépend d'abord des réponses aux questions préjudicielles qui concernent la légalité de la base juridique de la décision attaquée.

Il y a donc lieu de surseoir à statuer sur la demande en annulation.

48. Mais dans l'hypothèse où en fonction des réponses de la Cour de Justice des Communautés européennes, il conviendrait de conclure que la décision attaquée est fondée sur des règles de droit qui ne sont en rien contraires au droit communautaire, la cour sera amenée à examiner les moyens présentés par Mobistar et Belgacom, en ce compris, le cas échéant, les moyens tirés notamment d'erreurs (manifestes) d'appréciation qui auraient été commises par l'IBPT dans l'élaboration d'un modèle théorique des coûts et dans le calcul des montants.

Comme indiqué plus haut (n° 15), la cour ne dispose pas de l'ensemble des informations fournies par les opérateurs à l'IBPT sur la base desquelles l'IBPT a fondé l'évaluation des coûts théoriques d'un

opérateur mobile efficace. Elle ne dispose pas non plus des moyennes établies par l'IBPT sur la base des informations fournies par les opérateurs, qui si elles étaient dévoilées, permettraient aux opérateurs d'identifier les coûts de leurs concurrents puisque les données relatives à Mobistar ont été divulguées.

L'IBPT fait valoir qu'il est tenu à une obligation de confidentialité en vertu de l'article 23 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des Postes et des Télécommunications belges.

La question se pose dès lors de savoir si l'article 4 de la directive « cadre » relatif aux recours, qui dispose que « les Etats membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace » doit s'interpréter en ce sens que l'autorité désignée pour connaître des recours doit pouvoir disposer de l'ensemble des informations qui lui sont nécessaires pour examiner le bien fondé du recours, en ce compris les informations considérées comme confidentielles conformément à la réglementation communautaire et nationale en matière de secret des affaires.

#### **E. Sur le recours de Mobistar en ce qu'il tend à la réformation de la décision attaquée**

49. En organisant un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de l'IBPT, réglementaires ou individuelles, le législateur national n'a pas entendu lui confier un pouvoir réglementaire. En conséquence, le pouvoir de réformer un acte réglementaire en lui substituant d'autres dispositions ne saurait entrer dans les attributions de la cour.

Le recours doit donc d'ores et déjà être rejeté en ce qu'il tend à inviter la cour à substituer à la décision réglementaire attaquée sa propre décision et à fixer elle-même, sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace, les coûts d'établissement par ligne ou par numéro.

#### **F. Sur les demandes formées par Belgacom Mobile et Base**

50. Un arrêt d'annulation, en ce qu'il porte sur un acte réglementaire de l'IBPT reconnu illégal, s'impose nécessairement *erga omnes*.

En confiant à la cour d'appel de Bruxelles la compétence de connaître des recours contre les décisions réglementaires ou individuelles de

14 -10- 2004

l'IBPT, autorité administrative, le législateur n'a pas entendu priver les tiers des effets qu'aurait entraîné l'annulation de la décision par le Conseil d'Etat.

Dès lors, si l'acte attaqué est annulé au motif que l'intervention de l'IBPT se fonde, en l'espèce, sur une base juridique illégale, il sera censé n'être jamais intervenu, de sorte qu'il sera sans intérêt d'examiner séparément les demandes de Belgacom Mobile et de Base auxquelles l'acte annulé ne pourrait plus s'appliquer et de se prononcer dans le cadre de la présente affaire sur la question de savoir si les opérateurs appelés à la cause par la partie requérante ont la qualité d'intimé au sens du code judiciaire et la qualité pour former un appel incident.

## PAR CES MOTIFS

### LA COUR

Statuant contradictoirement,

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

Dit le recours de Mobistar recevable.

Suspend, à titre de mesure provisoire, les effets de la décision attaquée en application de l'article 2, paragraphe 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.

14 -10- 2004

Avant de statuer sur le bien fondé du recours, pose les questions suivantes à la Cour de Justice des communautés européennes :

**En ce qui concerne le service de portabilité des numéros prévu à l'article 30 de la directive 2002/22/CE (directive « service universel ») :**

1. L'article 30, paragraphe 2, de la directive « service universel » qui prévoit que les autorités réglementaires nationales veillent à ce que la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros soit fonction du coût, vise-t-elle seulement les coûts liés au trafic vers le numéro porté ou également la tarification des coûts encourus par les opérateurs pour exécuter les demandes de portage du numéro?

2. Si l'article 30, paragraphe 2, de la directive vise seulement les coûts d'interconnexion liés au trafic vers le numéro porté, faut-il l'interpréter :
- a) en ce sens qu'il laisse les opérateurs libres de négocier les conditions commerciales du service et qu'il interdit aux Etats membres d'imposer ex ante des conditions commerciales aux entreprises auxquelles incombe l'obligation de fournir le service de portabilité du numéro en ce qui concerne les prestations liées à l'exécution d'une demande de portage ?
  - b) en ce sens qu'il n'interdit pas aux Etats membres d'imposer ex ante des conditions commerciales pour ledit service aux opérateurs qui ont été désignés comme disposant d'une puissance significative sur un marché donné ?
3. Si l'article 30, paragraphe 2, de la directive doit s'interpréter en ce sens qu'il impose à l'ensemble des opérateurs l'obligation d'orientation en fonction des coûts en ce qui concerne les coûts de portage du numéro, faut-il l'interpréter en ce sens qu'il s'oppose :
- a) à une mesure réglementaire nationale imposant pour le calcul des coûts une méthode de calcul déterminée ?
  - b) à une mesure nationale qui fixe ex ante la répartition des coûts entre les opérateurs ?
  - c) à une mesure nationale qui habilite l'autorité réglementaire nationale à fixer ex ante pour l'ensemble des opérateurs et pour une période déterminée le montant maximum des redevances que l'opérateur donneur peut réclamer à l'opérateur receveur ?
  - d) à une mesure nationale qui accorde à l'opérateur donneur le droit d'appliquer la tarification déterminée par l'autorité réglementaire nationale en le dispensant de l'obligation de prouver que la tarification qu'il applique est orientée en fonction de ses propres coûts ?

14 -10- 2004


**En ce qui concerne le droit de recours prévu par l'article 4 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») :**

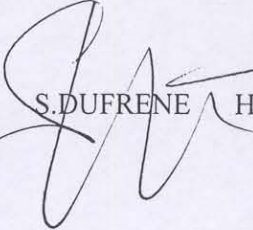
L'article 4 paragraphe 1 de la directive « cadre » doit-il s'interpréter en ce sens que l'autorité désignée pour connaître des recours doit pouvoir disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour que le fond de l'affaire puisse être dûment pris en considération, en ce compris les informations confidentielles sur la base desquelles l'autorité réglementaire nationale a adopté la décision faisant l'objet du recours ?

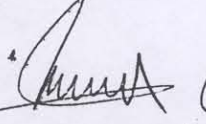
Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième  
chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **14 -10- 2004**

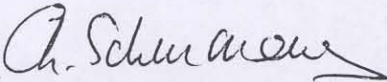
où étaient présents :

Christine SCHURMANS, Conseiller ff Président,  
Henry MACKELBERT, Conseiller,  
Serge DUFRENE, Conseiller suppléant,  
Patricia DELGUSTE, Greffier,

  
P.DELGUSTE

  
S.DUFRENE

  
H.MACKELBERT

  
Ch.SCHURMANS

14 -10- 2004