

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 175.671 du 11 octobre 2007

A 130.049/XV-547

En cause : **La société anonyme BASE,**
ayant élu domicile chez
Mes A. VERHEYDEN & Y. DESMEDT,
avocats,
boulevard Brand Whitlock 165
1200 Bruxelles,

contre :

L'Etat belge, représenté par
le ministre de l'Economie,
du Commerce extérieur et
de la Politique scientifique,
ayant élu domicile chez
Me Ph. COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre 27
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XV^e CHAMBRE.

Vu la requête introduite le 29 novembre 2002 par la société anonyme BASE, qui demande l'annulation de l'article 19 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, publié au *Moniteur belge* du 1^{er} octobre 2002;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 2 mars 2007 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 7 septembre 2007 fixant l'affaire à l'audience du 2 octobre 2007 à 9 heures 30;

Entendu en son rapport, M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me A. VERHEYDEN et Y. DESMEDT, avocats, comparaisant pour la partie requérante, Me A. VANDEBURIE, loco Me Ph. COENRAERTS, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que la situation de fait à laquelle s'applique l'acte attaqué se présente comme suit:

Le marché belge de la téléphonie mobile est partagé entre trois opérateurs. Chronologiquement le premier est la s.a. Belgacom Mobile, filiale de Belgacom, qui exploite le réseau *Proximus* depuis 1994. En 1996, *Mobistar* s'y est ajouté, et en 1998, *KPN Orange Belgium*, qui a ultérieurement changé sa dénomination en *Base* – la requérante – a obtenu l'autorisation d'exploiter un troisième réseau. En 2002, lors de l'introduction du recours, ces trois opérateurs se partageaient le marché à concurrence respectivement de 52, 34 et 14 %. Les services fournis par les trois opérateurs sont fort similaires, mais, en raison de la technologie utilisée, le réseau *Base* requiert deux fois plus d'antennes que celui de ses deux concurrents. Etant arrivée plus tard sur le marché, elle se trouvait en 2002 encore dans une étape de son développement où des investissements importants devaient être réalisés.

Afin de permettre les communications entre des abonnés des différents réseaux, ceux-ci sont *interconnectés*. Une communication entre des utilisateurs de deux réseaux différents fait nécessairement appel à l'infrastructure des deux opérateurs en cause et donne lieu à un règlement financier entre eux, dont la charge est répercutée sur l'abonné appelant. L'interconnexion n'est pas en cause dans le présent recours, mais elle est le préalable au développement de la *portabilité* des numéros mobiles. Celle-ci consiste en la possibilité qu'a tout client d'un opérateur de télécommunications mobiles de

changer d'opérateur tout en conservant le même numéro. Selon la terminologie utilisée en ce domaine, le numéro est dit *porté* d'un premier opérateur, qualifié de *donneur* à un second, appelé *receveur*. Pour mettre en œuvre cette *portabilité*, une base de données des numéros d'appel, gérée par les trois opérateurs, a été mise en place, ainsi qu'une procédure qui, à chaque appel provoque sa consultation afin d'identifier l'opérateur actuel de l'appelé et de lui adresser l'appel, à charge pour lui de l'acheminer vers l'abonné appelé.

Toutes les opérations nécessaires à l'installation d'un réseau, au transfert des numéros d'appel d'un opérateur à l'autre, à la gestion de la banque de données, puis au trafic vers un numéro de téléphone mobile (interrogation de la banque de données et acheminement de l'appel vers son destinataire), ont un coût et donnent lieu à un circuit de facturations entre les acteurs du système; le coût est finalement répercuté sur l'abonné appelant.

Considérant que le contexte législatif de l'arrêté attaqué se présente comme suit:

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») porte ce qui suit aux alinéas 40 à 42 de son préambule:

«(40) 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 devraient pouvoir conserver leur(s) numéro(s) sur le réseau téléphonique public quel que soit l'organisme qui fournit le service. La fourniture de ce complément de services entre des raccordements au réseau téléphonique public en positions déterminées et indéterminées n'est pas couverte par la présente directive. Cependant, les États membres peuvent prendre des dispositions permettant d'assurer la portabilité des numéros entre des réseaux fournissant des services en position déterminée et des réseaux mobiles.

(41) L'incidence de la portabilité des numéros est considérablement renforcée par la transparence des informations sur la tarification, que ce soit pour les utilisateurs finals qui conservent leur numéro comme pour les utilisateurs finals qui appellent ceux qui ont conservé leur numéro. Les autorités réglementaires nationales devraient, dans la mesure du possible, favoriser une transparence adéquate de la tarification dans le cadre de la mise en œuvre de la portabilité des numéros.

(42) Pour faire en sorte que les prix d'interconnexion liés à la fourniture de la portabilité des numéros sont fixés en fonction du coût, les autorités réglementaires nationales peuvent également prendre en compte les prix pratiqués sur des marchés comparables.»

Le dispositif de cette directive porte ce qui suit en son article 30:

«Portabilité des numéros

1. Les États 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:

- a) dans le cas de numéros géographiques, en un lieu spécifique, et
- b) 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.»

La transposition de cette directive en Belgique a fait l'objet de l'article 105*bis* inséré dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques par l'arrêté royal du 28 octobre 1996, qui, dans son texte applicable à l'époque de l'acte attaqué, chargeait notamment le Roi de fixer, à propos de la portabilité, «sur avis de l'Institut, les règles de base en vue de la mise en oeuvre du service, la méthodologie pour la fixation des coûts et la répartition de ces coûts entre les parties concernées» (l'Institut visé est l'IBPT).

En exécution de cette disposition le Roi a adopté l'arrêté royal du 23 septembre 2002 relatif à la portabilité des numéros des utilisateurs finals des services de télécommunications mobiles offerts au public. Le chapitre VII de cet arrêté porte sur les aspects financiers de la portabilité des numéros. Sa section 1, intitulée «Méthode de fixation des coûts», comprend les articles 18 à 20, rédigés comme suit dans leur version d'origine applicable lors de l'édiction de l'acte attaqué:

«**Art. 18.** Les coûts suivants sont considérés comme étant des coûts liés à l'implémentation de la facilité de portabilité des numéros :

1° coûts d'établissement du système : les coûts qui sont supportés par chaque opérateur ou prestataire de services mobiles pour instaurer ou développer la portabilité des numéros.

Les coûts mentionnés au 3° ne sont pas inclus;

2° 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 des clients sans portabilité des numéros vers un autre opérateur ou prestataire de services mobiles ou pour mettre un terme à la fourniture du service;

3° coûts annuels de la banque de données de référence : les coûts engendrés par l'établissement, le développement et l'exploitation de la banque de données de référence centrale, visée à l'article 5, ainsi que les coûts de l'entité chargée de la gestion de la banque de données de référence centrale;

4° coûts de trafic liés à la portabilité des numéros : les coûts supplémentaires engendrés sur le réseau par des appels vers des numéros transférés par comparaison aux appels vers des numéros non transférés.

Art. 19. Les coûts d'établissement par ligne ou par numéro et 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. Les montants fixés par l'Institut pour

couvrir les coûts d'établissement par ligne ou par numéro et les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros sont orientés en fonction des coûts.

Art. 20. Chaque opérateur introduit la portabilité des numéros le plus efficacement possible.

L'opérateur qui estime qu'un autre opérateur introduit la portabilité des numéros d'une manière moins efficace et que ce mode d'introduction engendre des coûts supplémentaires considérables pour lui, peut demander l'intervention de l'Institut pour définir la manière la plus efficace d'introduire la portabilité des numéros.»

L'article 19 constitue l'acte attaqué. Il ressort toutefois de la requête que seule la fin de la première phrase est attaquée, à savoir le membre de phrase «sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace». Il convient d'interpréter la requête comme tendant à l'annulation de ce seul membre de phrase.

Dans le rapport au Roi qui précède l'arrêté, ces dispositions font l'objet notamment des commentaires suivants:

«L'article 18 distingue plusieurs types de coûts tandis que l'article 21 en règle la répartition.

Le premier type de coûts, les coûts d'établissements du système, sont les coûts liés à toutes les activités nécessaires sur le plan opérationnel (adaptations des systèmes de soutien, procédures, ...) et administratif (développement, implémentation, gestion de projet et tests). Ils doivent être supportés par chaque opérateur individuel ou prestataire de services mobiles. Ces coûts résultent de l'obligation légale d'offrir ou de soutenir la portabilité des numéros. Ils sont encourus avant qu'un numéro mobile ne soit transféré. Il s'agit donc d'une condition nécessaire pour devenir ou rester actif sur le marché des télécommunications.

Le deuxième type de coûts, à savoir les coûts d'établissement par ligne ou par numéro, sont des coûts engendrés spécifiquement par le transfert d'un ou plusieurs numéros mobiles. C'est pourquoi il est justifié qu'ils soient supportés par l'opérateur receveur. Ne relèvent des coûts d'établissement par ligne ou par numéro que les coûts supplémentaires imputés lors d'un transfert de numéros, en plus des coûts normaux liés au transfert de clients vers un autre opérateur ou prestataire de services ou pour mettre fin à la fourniture du service.

Un troisième type de coûts est constitué des coûts liés à la banque de données de référence centrale à payer chaque année à l'A.S.B.L. pour la portabilité des numéros.

(...)

Le quatrième type de coûts, les coûts de trafic liés à la portabilité des numéros, sont les coûts engendrés par des appels vers des numéros mobiles transférés.

Ces coûts comprennent :

- les coûts de transport additionnels, c'est-à-dire les coûts encourus par l'opérateur donneur pour chaque appel vers un numéro mobile transféré pour lequel la fonctionnalité de transport additionnel est mise en oeuvre;

- les coûts de transit liés à la portabilité des numéros qui comprennent les coûts encourus par un prestataire de services pour chaque appel vers un numéro mobile transféré pour lequel la fonctionnalité de transit liée à la portabilité des numéros est mise en oeuvre;

- les coûts d'interrogation de la banque de données, c'est-à-dire les coûts encourus par un prestataire de services pour chaque appel vers un numéro mobile transféré pour lequel la fonctionnalité d'interrogation de la banque de données est mise en oeuvre, dans la mesure où une technologie intelligente est utilisée.

En fonction de la solution technique choisie (ex. *All Call Query*, *query on release*, *onward routing*), un ou plusieurs de ces coûts surviendront et devront être remboursés par l'opérateur du réseau à partir duquel l'appel a été généré.

La répartition de ces coûts fera l'objet des négociations en vue de conclure un accord de portabilité des numéros.

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 de réseau.

Le rôle de l'opérateur à partir duquel l'appel est généré consiste à acheminer l'appel pour son abonné vers le numéro en question et ce, moyennant un coût de communication déterminé. Cet opérateur essaiera de traiter le plus efficacement possible tous les appels via des accords d'interconnexion avec d'autres opérateurs qui interviennent dans le processus pour joindre l'appelé. Cette figure ne change pas dans le cas d'appels vers un numéro transféré. C'est pourquoi il est justifié que l'opérateur à partir duquel l'appel est généré et qui envoie la facture à l'abonné, rembourse l'opérateur donneur si ce dernier encourt des coûts supplémentaires pour des appels vers des numéros transférés. Cela n'empêche pas que la partie qui, en raison du choix technique spécifique de l'opérateur auquel le numéro transféré appartenait initialement, encourt un coût supplémentaire par rapport au coût basé sur le modèle théorique d'un opérateur efficace, doit être remboursé pour ce surcoût.

Eventuellement, certaines fonctions (telles que l'interrogation de la banque de données) par appel peuvent être réalisées par d'autres opérateurs, tels que des opérateurs de transit, avec pour conséquence que ceux-ci doivent tout d'abord supporter les coûts pertinents. Les opérateurs de transit peuvent ensuite facturer un remboursement de ces coûts à l'opérateur à partir duquel l'appel est généré.

L'article 19 se rapporte à la manière dont l'Institut calcule les coûts liés à la portabilité des numéros (cf. article 105bis, 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 des 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.

L'article 20 confirme d'une manière plus générale que tous les opérateurs sont tenus d'introduire la portabilité des numéros d'une manière la plus efficace possible. On entend par là que les opérateurs concernés par l'introduction de la portabilité des numéros doivent faire appel pour l'introduction de la portabilité des numéros, à une solution technique dont le coût est le plus réduit possible pour tous les opérateurs.

En cas de contestation entre opérateurs concernant la manière la plus efficace d'introduire la portabilité des numéros, l'un des opérateurs concernés ou les deux opérateurs peuvent demander conjointement à l'Institut de déterminer dans leur cas spécifique la manière la plus efficace d'introduire la portabilité des numéros.»

Considérant que l'élaboration de l'arrêté dont l'article 19 est partiellement attaqué a suivi la procédure suivante:

L'avant-projet d'arrêté attaqué a été soumis à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), qui, le 5 juin 2002, émet un avis favorable à son sujet. L'avant-projet est approuvé par le conseil des ministres le 5 juillet 2002 et adressé le 8 juillet à la section de législation du Conseil d'Etat, laquelle émet son avis

le 27 août 2002. Au sujet de la disposition attaquée, cet avis ne comporte que des observations de forme. L'arrêté a été signé le 23 septembre 2002 et publié au *Moniteur belge* le 1^{er} octobre.

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité du recours au motif que la requérante n'a pas déposé la publication de la décision de nomination de son administrateur délégué; que le document en question a été déposé en annexe au mémoire en réplique; que l'exception ne peut être retenue;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation de 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») et des articles 10 et 249 du Traité de Rome,

en ce que l'article 19 de l'arrêté royal du 23 septembre 2002 prévoit que les coûts d'établissement par ligne ou par numéro et les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros sont fixés par l'IBPT sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace,

alors que, la directive service universel prévoit en son article 30 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 [...]»; ainsi, l'article 30 de la directive prévoit que les tarifs de services d'interconnexion fournis par un opérateur dans le cadre de la portabilité de numéros soient orientés sur les coûts;

qu'elle expose que le concept d'orientation sur les coûts est un concept précis et connu, utilisé dans les cadres réglementaires européen et belge, que les obligations d'orienter vers les coûts ont été transposées en droit belge sans spécification ultérieure dans les articles 106 et 109^{ter} de la loi du 21 mars 1991, que l'orientation vers les coûts implique que les services ne soient pas fournis à perte mais que la tarification des services concernés soit suffisante pour couvrir les coûts liés à la fourniture desdits services, que le quatrième considérant de la directive 2002/22/CE précitée vise cette situation, qu'il en va de même du dixième considérant, que l'IBPT a confirmé que l'obligation d'orientation vers les coûts implique que les tarifs facturés reflètent les coûts des moyens mis en oeuvre pour permettre la fourniture de ce service, que le principe d'orientation vers les coûts vise à permettre à chaque opérateur dont le tarif est régulé d'être au moins en mesure de couvrir ses coûts et de ne pas être contraint d'offrir ses services à perte, que les coûts encourus par chaque opérateur mobile sont différents, que la technologie que la requérante utilise requiert, à couverture égale, deux fois plus de stations de base et d'antennes, que le nombre moins élevé de ses clients ainsi que le

moindre volume d'appels généré font que le coût moyen par abonné de son réseau est considérablement supérieur à celui des deux autres opérateurs de téléphonie, que l'IBPT a déjà reconnu le fait que les opérateurs ont des coûts différents, qu'un exemple frappant se voit dans la différence des tarifs d'interconnexion de Belgacom et de Telenet, que l'IBPT a reconnu le caractère raisonnable des tarifs d'interconnexion de Telenet qui sont pourtant plus de 400% plus élevés que ceux de Belgacom, que l'orientation sur les coûts requiert une analyse individuelle des coûts de chaque opérateur pour la fourniture des services en question, que, chaque fois que l'IBPT a été appelé à déterminer si les tarifs de Belgacom et de Proximus étaient orientés sur les coûts conformément à leurs obligations en tant qu'opérateurs puissants, il a procédé à une analyse détaillée de leurs coûts, que la détermination du caractère orienté sur les coûts de tarifs sur la base d'un modèle de coûts théoriques d'un opérateur efficace est contraire à une telle évaluation individuelle des coûts liés à la fourniture de service et contraire à l'article 30 de la directive 2002/22/CE précitée, qu'un règlement contraire à une disposition d'une directive suffisamment précise et inconditionnelle est entaché d'illégalité, qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, des dispositions d'une directive peuvent être invoquées pour autant qu'elles aient un effet direct, que tel est le cas de l'article 30 de la directive 2002/22/CE précitée, que cette disposition a été transposée sans de plus amples spécifications ou précisions et que la disposition attaquée est ainsi contraire aux dispositions visées au moyen;

Considérant que le moyen consiste en substance à soutenir que la fixation des coûts d'établissement et de trafic «sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace», comme la prévoit l'arrêté attaqué, n'est pas une tarification qui «soit fonction du coût» au sens de la directive; que la thèse de la requérante est que la tarification doit être faite opérateur par opérateur et ne peut se baser sur un modèle théorique qui serait commun à tous les opérateurs;

Considérant que, ainsi que l'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 13 juillet 2006 (affaire C-438/04, *Mobistar SA c. IBPT*), dès lors qu'il est vérifié que les tarifs sont fixés en fonction des coûts, l'article 30, paragraphe 2, de la directive service universel confère une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales pour évaluer la situation et définir la méthode qui leur semble la plus appropriée pour réaliser la pleine efficacité de la portabilité, de telle manière que les consommateurs ne soient pas dissuadés de faire usage de cette facilité; qu'une méthode consistant à définir un montant maximal de prix, telle que celle arrêtée en l'espèce par les autorités belges, par l'article attaqué, peut être considérée

comme compatible avec l'article 30, paragraphe 2, de la directive service universel à condition que les nouveaux opérateurs aient la possibilité effective de contester l'application des prix maximaux par les opérateurs déjà présents sur le marché en démontrant que ces prix sont trop élevés par rapport à la structure des coûts de ces opérateurs; que la directive service universel ne s'oppose pas à ce que les autorités nationales compétentes fixent à l'avance des prix maximaux pour l'ensemble des opérateurs de téléphonie mobile à l'aide d'un modèle théorique des coûts;

Considérant que dans le dernier mémoire, la requérante soutient que la «condition que les nouveaux opérateurs aient la possibilité effective de contester l'application des prix maximaux par les opérateurs déjà présents sur le marché en démontrant que ces prix sont trop élevés par rapport à la structure des coûts de ces opérateurs» n'est pas remplie; qu'elle expose que dans un arrêt prononcé le 18 juin 2004, joint au mémoire, la cour d'appel de Bruxelles a estimé qu'elle «ne peut sous peine de priver l'IBPT de sa liberté d'appréciation et se substituer ainsi à lui, déterminer elle-même de quelle manière celui-ci doit exercer ses pouvoirs ni choisir à la place de l'autorité réglementaire nationale la solution qui semble la plus appropriée dans les limites fixées par la loi»; qu'elle en conclut que «la cour d'Appel de Bruxelles a donc expressément limité, si pas renoncé, à son pouvoir de pleine juridiction» et que, «partant, le recours devant la cour d'Appel n'est pas efficace au sens de l'article 4, § 1^{er} de la Directive Cadre et, par conséquent, ne remplit pas la condition posée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt du 13 juillet 2006»;

Considérant qu'aux termes de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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, «Les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent dans les soixante jours qui suivent la date de leur notification faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé»;

Considérant que ce recours donne «la possibilité effective de contester» les décisions de l'IBPT, au sens où l'entend l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes; que la circonstance que la cour d'appel veille à respecter le principe de la séparation des pouvoirs en respectant la liberté d'appréciation de l'IBPT, et en ne s'estimant en mesure de modifier ses décisions que s'il existait un règle de droit objectif qui mette une obligation précise à sa charge, n'ôte pas au recours porté devant la cour d'appel de Bruxelles son caractère effectif; qu'à supposer que la cour ait mal apprécié

l'étendue des pouvoirs dont elle dispose, son arrêt pouvait être contesté sous cet aspect devant la Cour de cassation, ce qui, selon la déclaration de la requérante à l'audience, n'a pas été le cas, alors même qu'un pourvoi en cassation aurait été introduit et rejeté par arrêt du 12 avril 2007;

Considérant que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et des articles 12, 43 et 49 du Traité CE,

en ce que la disposition attaquée prévoit l'application d'un même modèle de coûts théoriques d'un opérateur efficace afin de déterminer les coûts d'établissement par ligne ou par numéro et les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros pour les trois opérateurs mobiles;

alors que, première branche, les trois opérateurs mobiles à qui le calcul des coûts en cause s'applique se trouvent dans une situation qui n'est pas comparable, de sorte que cette disposition traite de manière identique sans justification objective et raisonnable des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes;

et alors que, deuxième branche, cette détermination des coûts d'interconnexion est contraire au principe de non-discrimination prévu dans l'article 12 du Traité CE, des libertés d'établissement et de la libre prestation des services telles que prévues aux articles 43 et 49 du Traité CE, parce qu'elle favorise l'opérateur mobile filiale de l'opérateur historique belge au détriment de nouveaux entrants sur le marché mobile belge et Base en particulier, qui, par la force des choses, ont une structure de coûts plus élevée;

qu'elle expose au sujet de la première branche, que, quels que soient les coûts de référence pris en considération pour la détermination des coûts d'établissement par ligne ou par numéro et de trafic, l'application des mêmes coûts aux trois opérateurs sera nécessairement discriminatoire, que l'utilisation d'une base de coûts basse, plus proche de la structure des coûts de *Proximus* lui sera défavorable tandis que l'utilisation d'une base de coûts élevée, proche de la sienne, avantagera *Proximus* et, dans une moindre mesure *Mobistar*, puisqu'elle leur permettra d'appliquer des coûts excédant leurs coûts, que ces trois opérateurs sont dans des situations objectivement différentes sur les plans techniques, d'entrée dans le marché et de la clientèle, que la pertinence de ces éléments a été reconnue par l'IBPT dans différents avis antérieurs à la disposition attaquée, que l'IBPT a estimé, dans un avis du 17 décembre 2001, qu'il n'était pas souhaitable de déterminer les coûts d'interconnexion sur la base d'un modèle de coûts théoriques d'un opérateur unique, que la pratique d'autres régulateurs européens confirme que les coûts

d'interconnexion différent entre opérateurs, que la disposition attaquée transpose l'article 30 de la directive 2002/22/CE précitée qui vise à éviter que les opérateurs n'appliquent entre eux des tarifs excessifs pour les services d'interconnexion, que la mesure n'atteint pas le but recherché, qu'elle est excessive pour ne pas prévoir une tarification orientée sur les coûts et qu'elle créera une distorsion concurrentielle entre les trois opérateurs, favorisant *Proximus* et *Mobistar* et l'obligeant à fournir le service d'interconnexion à perte ou, à tout le moins, sans réaliser une marge bénéficiaire équivalente à celle des deux autres opérateurs;

qu'à propos de la seconde branche, elle fait valoir qu'elle est une filiale de l'opérateur néerlandais, que la disposition attaquée met *Proximus* dans une situation plus favorable que la sienne puisque cet opérateur est celui qui a la structure de coûts la plus basse grâce à son réseau GSM-900, sa position de départ sur le marché belge et sa base de clientèle et que l'article 49 du traité CE est violé lorsque la mesure nationale est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités d'un prestataire établi dans un autre Etat membre où il fournit légalement des services analogues;

Considérant, sur la première branche, que la disposition attaquée impose à l'IBPT de fixer deux des quatre catégories de coûts – ceux d'établissement et ceux du trafic lié à la portabilité – «sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace»; que ce faisant, la disposition attaquée se situe dans les intentions de la directive, qui tend notamment à assurer aux utilisateurs un service à moindre prix; que s'il est plausible que la fixation d'un prix sur une base théorique aboutisse à la fixation d'un prix unique, quelles que soient les caractéristiques propres à chaque opérateur, et que, de ce fait, ceux qui ont opté pour une technologie plus onéreuse et ceux qui occupent une part de marché moindre se trouvent ainsi défavorisés sous cet aspect – car on peut supposer que dans d'autres domaines cette technologie comporte des avantages –, cette différence est en rapport avec l'objet de la disposition attaquée et de la directive qu'elle contribue à transposer; que le principe même de la concurrence emporte que les agents économiques performants tirent avantage de leur efficacité, au détriment de ceux qui sont moins efficaces; qu'en imposant que la tarification soit établie «sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace», la disposition attaquée ne crée pas une discrimination injustifiable entre les opérateurs; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, sur la deuxième branche, que si la requérante est une filiale d'une entreprise établie dans un autre Etat membre, ses prestations de services sont effectuées au départ de la Belgique avec un réseau établi sur le territoire belge sans qu'une partie des coûts susceptibles d'être pris en compte soient liés à des prestations

effectuées au départ d'un autre Etat membre; que ses liens avec une société établie dans un autre Etat membre sont sans rapport avec le traitement égalitaire qu'elle dénonce comme injustifié, et qui résulte du choix qu'elle a fait d'une technologie qui requiert des investissements plus onéreux, ainsi que de son arrivée sur le marché alors que deux autres entreprises l'occupaient déjà; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation de l'article 106, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques,

en ce que la disposition attaquée prévoit que les coûts d'établissement par ligne ou par numéro et les coûts de trafic pertinents liés à la portabilité des numéros sont fixés par l'IBPT sur la base des coûts théoriques d'un opérateur mobile efficace;

alors que, l'article 106, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 impose aux opérateurs puissants l'obligation d'appliquer des tarifs d'interconnexion «orientés vers les coûts» de chaque opérateur puissant; que cet article 106 dispose que «les organismes puissants sont tenus au respect du principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne notamment le service d'interconnexion; que cette obligation d'orientation sur les coûts nécessite la vérification des coûts spécifiques de chaque opérateur concerné; que *Proximus* est un opérateur puissant auquel cette obligation s'applique; que l'IBPT a, à diverses reprises, examiné le modèle des coûts de *Proximus* et fixé le tarif d'interconnexion que cet opérateur est autorisé à appliquer; que les services de portabilité des numéros visés à la disposition attaquée sont des services d'interconnexion, de sorte que cette disposition méconnaît l'article 106, § 1^{er}, de la loi; qu'en effet, cette obligation pour un opérateur d'appliquer des coûts théoriques d'un opérateur efficace est incompatible avec l'obligation pour ce même opérateur d'appliquer des tarifs d'interconnexion orientés sur ses propres coûts;

Considérant que l'article 106, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, dans son texte applicable à l'époque de l'arrêté attaqué, était rédigé comme suit:

«Les organismes puissants sont tenus de respecter le principe de l'orientation sur les coûts en ce qui concerne les services suivants:

1° le service de téléphonie vocale;

2° les lignes louées;

3° l'interconnexion;

4° l'accès spécial;

5° l'accès dégroupé à la boucle locale. Lorsque l'Institut estime que la concurrence est présente dans une mesure suffisante sur le marché de l'accès local, l'obligation d'orientation sur les coûts sur ce marché est levée. L'Institut ne prend cette décision qu'après une consultation publique.

Préalablement à chaque augmentation des tarifs applicables à ces services pour lesquels ces opérateurs sont puissants, les organismes puissants communiquent à

l'Institut, selon les modalités fixées par le Roi, sur avis de l'Institut, les éléments permettant d'apprécier la compatibilité de ces augmentations avec les contraintes réglementaires applicables»;

Considérant que cette disposition impose aux «opérateurs puissants», c'est-à-dire, aux termes de l'article 105*undecies* de la même loi, «tout opérateur détenant plus de 25 % du marché concerné» de respecter le principe de «l'orientation sur les coûts» en ce qui concerne notamment l'interconnexion; que cette expression d'«orientation sur les coûts», quoique usuelle en cette matière, est une transposition littérale – et incorrecte du point de vue linguistique – de l'obligation que l'article 19.3 de la directive fait aux autorités de veiller à ce que la tarification de l'accès et de l'interconnexion liés à la fourniture des services soit «fonction du coût», ce qui, dans le texte anglais de la directive est énoncé par «*cost oriented pricing*», et, dans la version néerlandaise, par «*kostengeoriënteerde prijsstelling*»; que l'article 106 ne s'applique ni à la requérante, qui n'est pas un «opérateur puissant», ni à l'IBPT, quand bien même l'alinéa 3 prescrit une procédure d'information à son égard, en vue de lui permettre d'exercer les missions que d'autres articles lui attribuent; que l'intérêt de la requérante au moyen n'est pas établi; qu'en outre, la disposition attaquée ne concerne pas spécifiquement la portabilité, mais quatre services, dont l'interconnexion, et la portabilité n'est qu'une des applications de celle-ci; qu'ainsi qu'il résulte de l'examen du premier moyen le recours à un modèle théorique des coûts n'est pas incompatible avec l'obligation d'établir une tarification en fonction du coût; que le moyen n'est pas fondé;

DECIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.


Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le
onze octobre deux mille sept par :

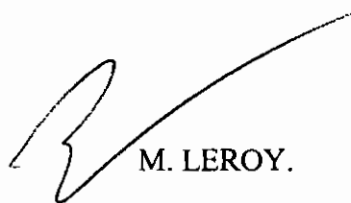
M. LEROY,	président de chambre,
M. QUERTAINMONT,	conseiller d'Etat,
M. KOVALOVSKY,	conseiller d'Etat,
Mme VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,



F. VAN HOVE.



M. LEROY.

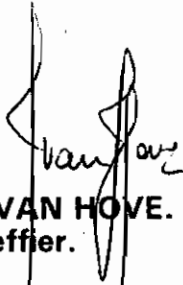
320/NJ

Pour notification à **Monsieur le Ministre de l'Economie, du Commerce
extérieur et de la Politique scientifique**
en son domicile élu chez

Monsieur P. COENRAETS, avocat
boulevard de la Cambre 27

1000 BRUXELLES

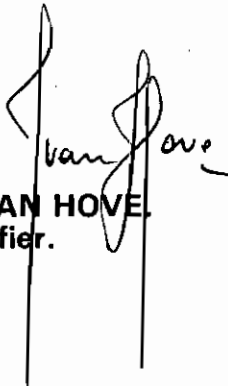
Bruxelles, le 22 octobre 2007.
Pour le Greffier en chef du Conseil d'Etat,



F. VAN HOVE.
Greffier.

**Les ministres et les autorités administratives en ce qui les concerne, sont
tenus de pourvoir à l'exécution du présent arrêt. Les huissiers de justice à
ce requis ont à y concourir en ce qui concerne les voies de droit commun.**

Bruxelles, le 22 octobre 2007.
Pour le Greffier en chef du Conseil d'Etat,



F. VAN HOVE.
Greffier.