

Avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif
au Projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la
définition des marchés, l'analyse des conditions de
concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la
détermination des obligations appropriées pour les
marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la
recommandation de la Commission européenne du
11 février 2003 »

A. INTRODUCTION	2
1. CADRE LÉGAL	3
2. RÉSERVE GÉNÉRALE RELATIVE AUX COMPÉTENCES DU CONSEIL ET À L'IMPACT DE CET AVIS SUR SA JURISPRUDENCE ULTÉRIEURE	5
B. DÉLIMITATION DES MARCHÉS PERTINENTS	7
1. MÉTHODOLOGIE	7
1.1 <i>Nécessité d'une analyse concurrentielle pour apprécier le caractère</i> <i>"régulable" des marchés.....</i>	7
1.2 <i>Délimitation du marché pertinent dans un marché dénué de réglementation....</i>	7
1.3 <i>Exclusion de l'autoconsommation.....</i>	8
1.4 <i>Analyse de substituabilité</i>	12
2 RÉSULTAT: DÉLIMITATION DES MARCHÉS PERTINENTS	14
2.1 <i>Marchés de détail de l'accès (marchés 1 et 2).....</i>	14
2.2 <i>Marché de l'accès dégroupé (marché 11).....</i>	15
2.3 <i>Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande ou accès bitstream</i> <i>(marché 12).....</i>	16
C. DÉTERMINATION DU/DES OPÉRATEURS SMP.....	16
1. <i>Marchés de détail de l'accès (marchés 1 et 2)</i>	16
2. <i>Marchés de l'accès dégroupé et de la fourniture en gros d'accès à large bande</i> <i>ou accès bitstream (marchés 11 et 12)</i>	17
D. REMÈDES.....	18
1. INTERDÉPENDENCE DE REMÈDES	18
2. ABSENCE D'UNE MÉTHODOLOGIE POUR APPRÉCIER LE CARACTÈRE APPROPRIÉ, JUSTIFIÉ ET PROPORTIONNEL DES REMÈDES PROPOSÉS	18
3. OBSERVATIONS PONCTUELLES, À TITRE D'ILLUSTRATION	20
3.1 <i>Imposition de la revente en gros de l'abonnement.....</i>	20
3.2 <i>Contrôle des prix de détail de l'accès</i>	21
3.3 <i>Maintien et extension des offres BRUO et BROBAII</i>	22
3.4 <i>Imposition de remèdes dans le marché émergent VDSL, VDSL2.....</i>	22
3.5 <i>Obligation générique de répondre à toute demande raisonnable d'accès.....</i>	24
3.6 <i>Imposition d'une révision annuelle des offres de référence</i>	25
3.7 <i>Obligations de séparation comptable.....</i>	25

A. Introduction

1. C'est la première fois que l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après "l'IBPT"), conformément à l'article 54 de la Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après "la Loi")¹, définit et analyse les marchés pertinents des services et réseaux de communications électroniques dans le cadre de la Recommandation 2003/311/CE du de la Commission européenne du 11 février 2003 "concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*" (ci-après "la Recommandation")².

2. L'IBPT a saisi le Conseil de la concurrence (ci-après "le Conseil") pour émettre un avis conformément à l'article 55 de la Loi. La saisine a été faite sur la base des actes suivants.

L'IBPT a transmis par courrier daté du 24 février 2006 reçu au secrétariat du Conseil le 27 février 2006, un projet de décision (ci-après "le projet IBPT") de 265 pages portant sur la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe "accès", sélectionnés dans la Recommandation. En annexe à ce projet de décision étaient joints d'une part, un document de 13 pages intitulé "Résumé des réactions des acteurs sur le marché à la consultation nationale relative aux marchés 1, 2, 11 et 12 (marchés de l'accès)" et d'autre part, une note en réponse aux questions posées le 27 janvier 2006 par le Conseil à l'IBPT dans le cadre de la concertation préalable dont question à l'article 55, § 3 de la Loi.

Dans son courrier du 24 février 2006, l'IBPT indiquait que si le Conseil souhaitait disposer des contributions des opérateurs fournies dans le cadre de la consultation nationale du marché, il pouvait en faire part à l'IBPT par écrit. Par courrier du 8 mars 2006, ces contributions ont été demandées à l'IBPT. Le Conseil les a reçues le 15 mars 2006.

¹ M.B. 20 juin 2005, Ed. 2, 28070-28138. Cette loi transpose en droit belge les directives suivantes :

- 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées (directive "Accès") (J.O.C.E. L 108/7, 24 avril 2002);
- 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "Autorisation") (J.O.C.E. L 108/21, 24 avril 2002);
- 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 communications électroniques (directive "Cadre") (J.O.C.E. L 108/33, 24 avril 2002);
- 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") (J.O.C.E. L 108/51, 24 avril 2002);
- 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive "Vie privée et communications électroniques") (J.O.C.E. L 201/37, 31 juillet 2002); et
- 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (directive "Concurrence") (J.O.C.E. L 249/21, 17 septembre 2002).

² J.O.C.E. 8 mai 2003, L 114/45.

3. Le Conseil souhaite féliciter les auteurs de cette analyse pour la qualité du travail. Le présent avis comprend forcément des aspects critiques, mais ces observations n'enlèvent rien à notre appréciation positive du travail fourni par l'IBPT.

4. Comme c'est la première fois qu'il exerce sa compétence d'avis concernant les communications électroniques conformément à l'article 55 de la Loi, le Conseil souhaite préalablement décrire le cadre juridique et émettre une réserve générale relative à ses compétences et à l'impact de cet avis sur sa jurisprudence ultérieure dans le secteur des communications électroniques.

1. Cadre légal

5. Conformément à la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques³ (ci-après "la directive Cadre"), la Commission européenne (ci-après "la Commission") a publié la Recommandation le 8 mai 2003.

6. L'article 54 de la Loi prévoit qu'après chaque publication par la Commission d'une telle recommandation, l'IBPT détermine, à intervalles réguliers, les marchés pertinents pour les réseaux et les services de communications électroniques, ainsi que leur étendue géographique respective.

L'article 55, § 1^{er} de la Loi prescrit à l'IBPT d'effectuer le plus rapidement possible après l'adoption de la Recommandation, une analyse de ces marchés pertinents afin de déterminer si ceux-ci sont effectivement concurrentiels.

L'article 55, § 2 de la Loi prévoit que si l'IBPT conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient une quelconque des obligations visées aux articles 58 à 65 de la Loi. Si l'IBPT conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie conformément à l'article 55, § 3, de la Loi tout opérateur disposant d'une puissance significative sur ce marché, et lui impose celles parmi les obligations visées aux articles 58 à 65 de la Loi qu'il estime appropriées.

7. Les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 55 se réfèrent expressément à l'article 55 § 4 de la Loi. Celui-ci impose à l'IBPT de soumettre ses décisions renvoyant à ce paragraphe à une concertation préalable avec le Conseil et prévoit que le Conseil émet son avis dans les 30 jours calendrier à dater de l'envoi du projet de décision par l'IBPT. Passé ce délai, le silence du Conseil équivaut à une approbation du projet de décision susmentionné.

8. Les articles 58, 59, 60, 61, 62, 63 et 65 de la Loi, énonçant les obligations pouvant être imposées par l'IBPT à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, se réfèrent également expressément à l'article 55, §§ 3 et 4.

9. Deux dispositions de la Loi, en l'espèce l'article 62, § 1^{er}, alinéa 2, et l'article 64, se réfèrent expressément à l'article 55, §§ 3 et 5. L'article 55, § 5 impose à l'IBPT d'envoyer ses décisions renvoyant à ce paragraphe, au préalable au Conseil qui dans les 30 jours calendrier émet un avis *contraignant* concernant la question de savoir si les décisions de l'IBPT sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Passé ce délai, le silence du Conseil équivaut à une approbation du projet de décision susmentionné.

³ *Supra*, note 1.

10. L'article 62, § 1^{er}, alinéa 2, de la Loi permet à l'IBPT, en matière d'accès, d'imposer à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, des obligations en matière de contrôle des prix.

Cet alinéa 2 complète l'alinéa 1 de la même disposition, qui prévoit :

"En matière d'accès, l'Institut peut, conformément à l'article 55, §§ 3 et 4 et lorsqu'il ressort en outre d'une analyse du marché que l'opérateur concerné peut, en raison de l'absence de concurrence réelle, maintenir les prix à un niveau exagéré ou réduire les marges au détriment des utilisateurs finals, imposer des obligations liées à la récupération des coûts, y compris les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et les obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts en matière de coûts d'un opérateur efficient".

Le législateur a ainsi prévu la possibilité d'imposer les obligations supplémentaires visées à cet article pour autant qu'il ressorte en outre d'une analyse du marché que l'opérateur concerné peut, en raison de l'absence de concurrence réelle, maintenir les prix à un niveau exagéré ou réduire les marges au détriment des utilisateurs finals.

11. Conformément à l'article 64, § 1^{er} de la Loi, si l'IBPT constate que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 de la Loi ne permettent pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6⁴, 7⁵ ou 8⁶ de la Loi (notamment promouvoir la

⁴ L'article 6 de la Loi prescrit: "Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut promeut la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources associées :

- en veillant à ce que les utilisateurs retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité;
- en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques;
- en promouvant des investissements efficaces en matière d'infrastructures, et en soutenant l'innovation;
- en promouvant l'utilisation et la gestion efficace des radiofréquences et des ressources de numérotation."

Le projet de loi DOC 51 1425/001 ayant donné lieu à la Loi précisait que les compétences attribuées par l'article 6 à l'IBPT pour promouvoir la concurrence dans le secteur des communications électroniques, étaient "[s]ans préjudice des compétences du Conseil de la Concurrence et des cours et tribunaux, dans l'accomplissement de leurs missions".

⁵ L'article 7 de la Loi prévoit: "Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut contribue au développement d'un marché intérieur des réseaux et services de communications électroniques :

- en encourageant la fourniture de réseaux et services de communications électroniques au niveau européen;
- en encourageant la mise en place et le développement de réseaux transeuropéens et l'interopérabilité des services paneuropéens et la connectivité de bout en bout;
- en veillant à ce qu'il n'y ait pas, dans des circonstances analogues, de discrimination dans le traitement des opérateurs qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques;
- en coopérant avec d'autres autorités réglementaires nationales ainsi qu'avec la Commission, de manière transparente, afin de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes au niveau européen".

⁶ L'article 8 de la Loi prévoit : "Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut veille aux intérêts des utilisateurs :

- en contrôlant le respect des obligations de service universel telles que prévues dans la présente loi;
- en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs;
- en contribuant à assurer un niveau élevé de protection des données à caractère personnel et de la vie privée;
- en promouvant la fourniture d'informations claires, notamment en exigeant la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public;
- en tenant compte des besoins de groupes sociaux particuliers, notamment les utilisateurs finals handicapés;

concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques et des ressources associées), il peut imposer, conformément à l'article 55, §§ 3 et 5, une ou plusieurs des obligations aux opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné. Les obligations pouvant être imposées par l'IBPT en vertu de l'article 64, § 1^{er} portent sur l'interdiction :

- d'utiliser des prix anormalement hauts;
- d'entraver l'accès au marché;
- d'utiliser des prix d'éviction restreignant la concurrence;
- d'appliquer des préférences injustifiées pour certains utilisateurs finals;
- de grouper des services de manière injustifiée.

12. Les articles 62, § 1^{er}, alinéa 2, et 64, §1^{er}, alinéa 1, de la Loi subordonnent dès lors l'imposition des obligations visées à ces dispositions à un constat préalable, à savoir,

- pour les obligations visées à l'article 62, "qu'il ressort en outre d'une analyse du marché que l'opérateur concerné peut, en raison de l'absence de concurrence réelle, maintenir les prix à un niveau exagéré ou réduire les marges au détriment des utilisateurs finals".
- pour les obligations visées à l'article 64, que l'IBPT constate que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 ne permettent pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la loi.

13. Il paraît dès lors nécessaire que l'IBPT précise les éléments concrets justifiant l'imposition de ces obligations particulières.

2. Réserve générale relative aux compétences du Conseil et à l'impact de cet avis sur sa jurisprudence ultérieure

14. Le Conseil souhaite exprimer une clause de réserve générale fondée sur l'autonomie de sa compétence d'avis et l'autonomie de sa compétence juridictionnelle.

Le Conseil est, en vertu de l'article 16 de la Loi sur la protection de la concurrence économique, une juridiction administrative qui a la compétence de décision, de proposition et d'avis que cette loi lui confère. Cette compétence juridictionnelle est exercée au terme d'une procédure d'instruction menée par le Service de la concurrence, sous la direction du Corps des rapporteurs et après avoir entendu toutes les entreprises concernées et intéressées.

15. Le Conseil estime devoir préciser, comme le mentionne expressément la Commission dans la Recommandation (considérant 18), que le recensement de marchés pertinents de produits et de services dans les secteurs des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive Cadre, ne porte pas préjudice à la définition de marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence.

Les marchés recensés dans la Recommandation selon des méthodes propres au droit de la concurrence ne seront pas nécessairement identiques à ceux qui sont définis ponctuellement par la jurisprudence dans ce domaine. Comme indiqué au paragraphe 27

- en veillant à l'intégrité et la sécurité des réseaux publics de communications électroniques."

des "Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques"⁷ (ci-après "Lignes directrices"), le point de départ d'une analyse de marché aux fins de l'article 15 de la directive Cadre n'est pas l'existence d'une entente ou d'une pratique concertée au sens de l'article 81 du traité CE, ni d'une concentration au sens du règlement "Concentrations"⁸, ni encore d'une présomption d'abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE, mais une évaluation globale prospective de la structure et du fonctionnement du marché considéré. Les autorités réglementaires nationales (ci-après "ARN") et les autorités de la concurrence examinant les mêmes questions dans les mêmes circonstances et avec les mêmes objectifs devraient, en principe, aboutir aux mêmes conclusions. Cependant, compte tenu des différences évoquées ci-dessus, il ne peut être exclu que les marchés définis aux fins du droit de la concurrence et ceux définis aux fins de la réglementation sectorielle ne soient pas toujours identiques.

16. Les contraintes attachées à une régulation *ex ante* peuvent ainsi justifier que, malgré les similitudes pouvant exister, les notions de marché pertinent et d'opérateur disposant d'une puissance significative telles que visées dans la Loi, ne coïncident pas totalement avec celles du droit de la concurrence. Au surplus, ces marchés pouvant faire l'objet d'une régulation *ex ante* sont prédéfinis dans la directive Cadre et la Recommandation.

17. Le Conseil n'estime par conséquent pas pouvoir être lié et tenu, dans le cadre des missions juridictionnelles qui lui sont conférées par la Loi sur la protection de la concurrence économique, par les avis qu'il émet conformément aux dispositions de la Loi. Il ne peut sur la base des éléments qui lui sont communiqués dans le cadre de cette compétence d'avis, préjuger de la position qu'il pourrait adopter sur la base d'un dossier d'instruction menée par le Service de la concurrence et le Corps des rapporteurs, des observations écrites et des plaidoiries présentées durant les audiences au terme d'une procédure en pratiques restrictives de concurrence menée conformément à la Loi sur la protection de la concurrence économique.

18. Ceci est d'autant plus justifié s'agissant de marchés et de produits sujets à des évolutions technologiques et commerciales qui peuvent être rapides (ceci vaut non seulement pour les marchés pertinents quant aux produits, mais aussi pour les marchés géographiques pertinents). C'est la raison pour laquelle cette délimitation des marchés doit faire l'objet d'analyses à intervalles n'excédant pas trois ans.

⁷ J.O.C.E. C 165/11, 11 juillet 2002.

⁸ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), J.O.C.E. L 24/1, 29 janvier 2004.

B. Délimitation des marchés pertinents

19. Le Conseil estime d'abord devoir formuler certaines observations générales portant sur la méthodologie utilisée par l'IBPT pour déterminer les marchés pertinents et la puissance des opérateurs sur ces marchés (*infra*, 1). Ensuite, il développera des observations particulières lors de l'examen des différents marchés particuliers (*infra*, 2).

1. Méthodologie

1.1 Nécessité d'une analyse concurrentielle pour apprécier le caractère "régulable" des marchés

20. La Commission prévoit dans la Recommandation (considérant 9) qu'il convient en identifiant les marchés conformément aux principes du droit de la concurrence, d'utiliser les trois critères cumulatifs suivants pour apprécier le caractère "régulable" des marchés pertinents identifiés :

- présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée sur le marché, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire;
- structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective;
- incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances constatées du marché.

1.2 Délimitation du marché pertinent dans un marché dénué de réglementation

21. La Commission énonce dans ses Lignes directrices les principes sur lesquels les ARN doivent fonder leur analyse des marchés et leur analyse de la concurrence effective en application du nouveau cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques.

Le point 42 de ces Lignes directrices énonce le principe selon lequel "le test du monopoleur hypothétique n'est applicable que pour les produits ou les services dont le prix est fixé librement et non réglementé". La détermination du marché pertinent et de la puissance des opérateurs devrait donc se faire dans un cadre dénué de réglementation.

22. L'IBPT ne semble pas toujours appliquer ce principe.

Le Conseil se demande par exemple si une pratique de prix uniforme résultant d'une obligation réglementaire peut servir d'argument pour justifier la dimension géographique d'un marché⁹.

L'impact de la réglementation est particulièrement important dans le cadre de la détermination des marchés de gros ¹¹ et ¹² dans lesquels l'offre par l'opérateur

⁹ Voy. p. 177 du projet IBPT, où l'IBPT conclut, entre autres sur base de l'argument que les obligations réglementaires pesant sur l'opérateur historique en matière d'accès dégroupé sont nationales et que de ce fait, Belgacom n'est pas en mesure de différencier la tarification de ces services, que le marché de l'accès dégroupé à la boucle locale est un marché national.

¹⁰ Voy. p. 82 du projet IBPT : "..., les opérateurs actifs sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique pour la clientèle non résidentielle sont des opérateurs verticalement intégrés : l'opérateur historique

historique résulte d'une obligation de fourniture à laquelle les opérateurs des réseaux câble ne sont pas soumis¹¹.

Comme il le précisera ci-après, le Conseil estime que l'exclusion de l'autofourniture conduit à définir de manière extrêmement restrictive la taille du marché de gros. Le marché 12 naît de la seule obligation de fourniture imposée à l'opérateur historique : *infra*, n° 25 et suivants).

23. Dans le secteur des communications électroniques, la régulation des marchés porte non seulement sur les prix mais également, et principalement, sur une obligation de fourniture. En plus, comme un grand nombre de marchés de communications électroniques sont soumis à une réglementation, l'analyse de ces marchés est particulièrement complexe.

Il faut en effet tenir compte, dans l'analyse sans réglementation du marché étudié, de la régulation mise en place dans d'autres marchés. Ainsi l'OPTA ("Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit", ARN aux Pays-Bas) précise dans son projet de décision portant sur l'analyse du marché 12¹² que :

"de dominantie analyses op de markt voor wholesale-breedbandtoegang dienen uitgevoerd te worden in afwezigheid van regulering van wholesale-breedbandtoegang maar wel uitgaan van regulering op de markt voor ULL."

24. Le Conseil suggère dès lors que l'IBPT adopte une démarche qui analyse successivement le marché sans réglementation et avec réglementation. Aussi, lorsque le marché étudié est un marché de détail, l'analyse de ce marché de détail sans réglementation devrait se faire en tenant compte de la réglementation sur le marché de gros correspondant¹³.

1.3 Exclusion de l'autoconsommation

25. Dans le cadre de l'analyse de la définition des marchés 11 et 12 tels que proposés dans l'annexe de la Recommandation, l'IBPT conclut que le marché 11 est le marché national de l'accès dégroupé sur le seul réseau DSL et que le marché 12, marché de la fourniture en gros d'accès à large bande, n'intègre pas les réseaux câblés.

Ces marchés ainsi définis conduisent à identifier, dans les deux cas, un seul opérateur, avec des parts de marché de 100 %.

Cette conclusion résulte de l'exclusion de l'autoconsommation du marché pertinent.

26. L'IBPT justifie cette approche au moyen des arguments suivants :

- l'absence d'offres de gros dans le chef des opérateurs câble conduit à une absence de substituabilité au niveau de la demande;

Belgacom, le câblo-opérateur Telenet, les opérateurs ayant une infrastructure en fibre optique. Le dégroupage de la boucle locale est actuellement la seule solution permettant une entrée sur le marché de l'accès pour des opérateurs n'étant pas intégrés verticalement."

¹¹ Il est ainsi précisé en p. 195 du projet IBPT que Belgacom n'a aucun intérêt à ouvrir son réseau sans cette contrainte.

¹² "Analyse van de markt voor wholesale-breedbandtoegang, Ontwerpbesluit notificatie", 4 novembre 2005, 53.

¹³ Par exemple, lorsque l'IBPT examine le marché 1 ou 2, il pourrait tenir compte de la réglementation sur le marché de gros sous-jacent, c.à.d. BRUO, CS/CPS.

- l'impossibilité technique ou économique pour les opérateurs de réseaux câble d'offrir un accès de gros;
- la jurisprudence communautaire.

27. Dans le document de consultation relatif aux marchés 3 à 10¹⁴, l'IBPT reprend ce point de vue mais de manière beaucoup plus nuancée :

"en droit communautaire de la concurrence, la règle générale est d'exclure l'autofourniture du marché et des parts de marché aussi bien dans le contexte des articles 81 et 82 du Traité CE que dans celui du contrôle des concentrations;

l'IBPT reconnaît cependant que certaines décisions de la Commission tendent ponctuellement à inclure l'autofourniture dans le calcul des parts de marché. Ces décisions sont notamment basées sur les éléments suivants :

- interdépendance du marché de l'autofourniture et du marché de la fourniture aux tiers;
- degré d'intégration verticale sur le marché pertinent et pression concurrentielle exercée par les entreprises verticalement intégrées sur le marché pertinent;
- faisabilité technique et intérêt stratégique de la vente sur le marché externe en réponse à une augmentation modeste mais significative et durable des prix sur le marché de la fourniture aux tiers."

28. Le Conseil ne partage pas cette analyse, pour les motifs suivants :

- (a) l'exclusion de l'autofourniture crée une distorsion importante entre le marché de gros et le marché de détail sous-jacent (*infra*, n° 29);
- (b) risque de méconnaissance du principe selon lequel les marchés pertinents sont à délimiter dans un cadre dénué de réglementation (*infra*, n° 30);
- (c) le Conseil a des doutes sur les barrières technologiques et économiques (*infra*, n° 31);
- (d) la substituabilité indirecte n'a pas été prise en compte lors de la définition du marché pertinent (*infra*, n° 32);
- (e) risque de manque de cohérence avec la possible analyse du marché 15 (*infra*, n° 33);
- (f) divers régulateurs ont déjà accepté l'autoconsommation (*infra*, n° 34).

29. *L'exclusion de l'autofourniture crée une distorsion importante entre le marché de gros et le marché de détail sous-jacent.*

L'exclusion de l'autoconsommation au motif d'une absence d'offre de gros conduit à réduire de manière significative la taille du marché pertinent. Sous cette définition, les marchés pertinents de gros et de détail ne correspondent plus.

En réduisant le marché 12 aux seules offres de type Bitstream offertes aux tiers par l'opérateur historique DSL, la taille de ce marché, fin 2004, se réduit à 115.000 accès,

¹⁴ Consultation nationale concernant le projet de décision du Conseil de l'IBPT relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Téléphonie fixe', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003, p. 121.

soit environ 6,75 % du total des accès identifiés au niveau du marché de détail (1.700.000 accès).

Au niveau des parts de marché, l'exclusion de l'autoconsommation conduit à ne retenir comme opérateur dans le marché 12 que le seul fournisseur soumis à une obligation réglementaire de fourniture, avec une part de marché de 100 %, alors qu'au niveau du marché de détail des accès large bande à l'Internet, sa part de marché est proche de 50 %.

L'IBPT semble d'ailleurs lui-même préconiser un lien entre marché de détail et marché de gros. C'est ainsi qu'il écrit à juste titre lors de la définition des marchés pertinents des services d'accès à Internet de détail : "Un examen du marché de détail de l'accès à l'Internet est nécessaire pour mieux apprécier les relations entre le marché de détail et le marché de gros, de manière à analyser plus finement le marché de gros en termes d'acteurs puissants, et éventuellement en termes de remèdes appropriés" (page 130 du projet IBPT).

30. Risque de méconnaissance du principe selon lequel les marchés pertinents sont à délimiter dans un cadre dénué de réglementation.

Comme il a été exposé plus haut, la détermination d'un marché pertinent et de la puissance des opérateurs sur ce marché devrait en principe se faire dans un cadre dénué de réglementation. Or, l'IBPT reconnaît qu'en l'absence d'obligations réglementaires, l'opérateur historique n'aurait aucun intérêt à ouvrir son réseau.¹⁵ Le marché 12 naît ainsi de la seule obligation de fourniture imposée à l'opérateur historique.

D'autres autorités de régulation nationales, en l'espèce Ofcom (Office of Communications, ANR du Royaume-Uni)¹⁶ et Comreg (Commission for Communications Regulation, ANR irlandaise) mentionnent également qu'en l'absence d'obligation de fourniture, il est vraisemblable que l'opérateur historique, ainsi que les câblo-opérateurs, n'offriraient pas d'accès de gros et que ce marché n'existerait pas.¹⁷

31. Doutes sur les barrières technologiques.

Il est techniquement possible pour les câblo-opérateurs d'offrir un accès de gros. Si l'offre de gros ne s'est pas développée, c'est en raison de considérations économiques et stratégiques de la part des opérateurs.

La définition de l'accès bitstream, telle que retenue par le Groupe des Régulateurs européen pour les réseaux et les services liés aux communications électroniques (ci-après « GRE »), conduit à retenir l'accès cable ou Fixed Wireless Access (FWA) comme pouvant être fonctionnellement équivalents à l'accès DSL¹⁸.

32. La substituabilité indirecte n'a pas été prise en compte lors de la définition du marché pertinent.

¹⁵ "Belgacom n'a aucun intérêt à ouvrir son réseau sans cette contrainte", p. 195 du projet IBPT.

¹⁶ "Review of the Wholesale Broadband Access Market Identification and Analysis of market. Determination of market power and setting of SMP conditions Final Explanatory statement and notification", 13 juin 2004, point 2.146.

¹⁷ Ce phénomène s'observe également dans le cas des marchés mobiles (marché 15) : *infra*, n° 33.

¹⁸ Version 33rev2 du document « ERG Common Position on Bitstream Access » et document GRE (05) 23 « Broadband market competition report ».

La substituabilité indirecte, via la prise en compte de la concurrence sur les marchés en aval, peut aider à définir le marché pertinent.

Il serait opportun d'appliquer le test du monopoleur hypothétique (SSNIP test¹⁹) dans le cas d'espèce pour voir dans quelle mesure une hausse de prix de 10 % de l'accès de gros par l'opérateur historique se traduit ou non par une perte significative de parts de marché de cet opérateur historique sur le marché amont par une demande moindre d'accès de gros ADSL au profit d'une demande accrue d'accès de gros sur le câble.

Ce test permettra de déterminer si, dans la mesure où l'accès de gros représente une part significative des coûts du produit de détail²⁰ et où la concurrence sur les marchés en aval est effective²¹, il sera ou ne sera pas possible/rentable pour l'opérateur historique d'accroître le prix des accès de gros de 10 %.

Le Conseil estime que sans doute, une augmentation de prix se répercutera nécessairement sur le prix de détail, vu l'importance des coûts de gros d'accès dans le prix de détail. Par conséquent, cette augmentation entraînera une perte de part de marché sur le marché en aval au profit des câblo-opérateurs.

Cette perte de part de marché au niveau du marché de détail se répercuterait sur le marché amont par une demande moindre d'accès de gros ADSL au profit d'une demande accrue d'accès de gros câble.

33. *Risque de manque de cohérence avec la possible analyse du marché 15.*

L'approche adoptée ici par l'IBPT semble être en contradiction avec l'approche par l'IBPT pour le marché 15. Sur ce marché effectivement, l'IBPT préconise, en l'absence de transactions sur le marché de gros, de recourir aux ventes et parts de marché observées sur le marché en aval pour évaluer la taille et les parts de marché sur le marché de gros.

En l'absence d'obligation pour les opérateurs de réseaux mobiles d'offrir les services de CS/CPS, il n'existe, en Belgique, pas de transactions externes sur le marché 15.

Dans le document de préconsultation²² relatif à la définition du marché pertinent et à la mesure des parts de marché dans les marchés 15 et 16, publié en 2003, l'IBPT précise :

"Pour pouvoir arriver à une appréciation complète de la part du marché, il faut également inclure le trafic on-net. Ce trafic doit être évalué sur la base des prix moyens facturés aux autres opérateurs.

[...]

¹⁹ Le SSNIP test prévoit d'examiner l'impact d'une augmentation de prix des produits du marché qui fait l'objet de l'analyse sur la consommation de produits potentiellement substituables. Voy. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, J.O.C.E. C 372/5, 9 décembre 1997.

²⁰ Suivant Ofcom les coûts de gros représentent actuellement environ 45 % du prix de détail de l'ADSL (document précité, point 2.149) et 80 % du prix du service intermédiaire basé sur l'ADSL (idem, point 2.152). Ofcom estime qu'une augmentation de 4,5 % du prix de détail de l'accès ADSL suffit à inciter un nombre suffisant de consommateurs à se tourner vers le câble pour leur accès Internet large bande pour rendre cette augmentation de prix non profitable. De même, au niveau du marché intermédiaire, une augmentation de 8 % serait suffisante pour inciter un ISP à se tourner vers le câble.

²¹ Voy. la conclusion de l'IBPT relative à l'accès Internet de détail large bande, *infra*, n° 74.

²² Document de préconsultation du 5 mars 2003, "marchés spécifiques M15 et M16", pp. 5, 7, 9.

Il a été opté pour un modèle de valeur ajoutée, d'autant plus que celui-ci permet de calculer le chiffre d'affaires sur le Ma15, ce qui serait impossible avec le modèle de transaction. C'est pourquoi il est également nécessaire de demander des données concernant le marché de détail qui n'est pas défini comme un marché pertinent.

[...]

Sur le Ma15, ... la part du marché liée à l'accès est mesurée à l'aide du nombre de clients actifs et des indemnités initiales ou périodiques payées par le client. [...] Bien que ces informations fassent référence au marché de détail, elles donnent une indication de l'importance d'un MNO sur le marché de gros."

34. *Divers régulateurs ont déjà accepté l'autoconsommation.*

Suivant le GRE²³, au moins huit régulateurs²⁴ prennent en compte l'autoconsommation de produits de gros pour le calcul de la taille et des parts de marché, tandis que quatre régulateurs²⁵ l'excluent.

La Commission n'émet pas de veto lorsque cette prise en compte de l'autoconsommation ne conduit pas à modifier le résultat de l'analyse des opérateurs puissants sur le marché.

35. En conclusion, le Conseil demande à l'IBPT de prendre en compte l'autoconsommation dans la définition des marchés de gros 11 et 12. L'analyse du marché de détail permet d'anticiper l'absence d'effet de cette prise en compte sur les résultats de l'analyse SMP en ce qui concerne le marché 11. Dans le cas du marché 12, une analyse approfondie s'impose alors que la part de l'opérateur historique dans le marché de gros (marché 12) en cas de prise en compte de l'autofourniture s'élève à 62 %.

1.4 *Analyse de substituabilité*

36. Le Conseil estime devoir formuler deux observations :

- L'analyse de la substituabilité entre l'accès sur les réseaux fixe et mobile mérite d'être approfondie (*infra*, n° 37-41);
- L'analyse de la substituabilité entre les liaisons louées et l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée mérite d'être approfondie (*infra*, n° 42).

37. *L'analyse de la substituabilité entre l'accès sur les réseaux fixe et mobile mérite d'être approfondie.*

38. Partant de la définition de marché retenue dans la Recommandation de 2003, les NRAs doivent examiner si les caractéristiques nationales nécessitent d'étendre ou de restreindre cette définition. Le SSNIP test s'effectue dès lors dans un sens défini.

²³ GRE, "Report on Experiences with Market Definition, Market Analysis and Applied Remedies (Experiences Project). Data as of : 15 July 2005".

²⁴ Ofcom, NITA, NCAH, ComReg, AGCOM, NPT, ANACOM, PTS. Depuis l'OPTA (Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit), au moins, peut également être ajouté dans cette catégorie.

²⁵ En l'espèce l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (Arcep) de la France, Finnish Communications Regulatory Authority (Ficora) de la Finlande, Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bnetza) de l'Allemagne et Autoritatea Nationala de Reglementare in Comunicatii (ANRC) de Roumanie.

Le Conseil a l'impression que dans certains cas, l'IBPT effectue le test en sens inverse. C'est ainsi qu'en page 50 du projet IBPT, l'IBPT évoque que "l'augmentation légère mais durable des prix d'un accès mobile n'entraînera pas nécessairement une migration accrue vers un accès fixe". Ce test examine la substituabilité des accès fixes par rapport aux accès mobiles et cherche à répondre à la question de savoir si dans le marché de détail de l'accès sur réseau mobile, il faut aussi inclure les accès fixes.

Mais comme l'IBPT analyse le marché de détail des accès fixes et s'interroge sur le fait de savoir si les accès mobiles sont des substituts à prendre en compte dans le même marché, le test approprié consisterait à examiner l'impact d'une augmentation significative et non transitoire du prix des accès fixes sur la demande d'accès mobile.

39. L'IBPT reconnaît que "si l'abonnement de Belgacom augmente, certains utilisateurs seront tentés de renoncer totalement à leur abonnement fixe au profit d'un abonnement mobile" (projet IBPT, p. 51). Il en tire toutefois la conclusion suivante :

"Cette situation correspond davantage à une évolution des comportements d'usage qu'à un phénomène de substituabilité du côté de la demande."

40. Le projet IBPT retient deux arguments pour arriver à cette conclusion :

- d'une part, le nombre de lignes fixes reste globalement stable (alors que le prix de détail de l'abonnement sur réseau fixe a augmenté et que le prix de l'utilisation des réseaux mobiles a diminué);
- d'autre part, les réseaux mobiles se caractérisent par des qualités de service et de bande passante qui ne permettent pas un accès à Internet haut débit.

Le Conseil souhaite souligner que :

- le premier argument fait référence à un fait qui peut s'expliquer par une demande accrue de connexions sur le réseau fixe pour obtenir un accès à Internet large bande et ne donne donc pas nécessairement d'indications sur la substituabilité entre les réseaux fixe et mobile pour émettre et recevoir des appels;
- le deuxième argument est affaibli par le fait que l'IBPT conclut que l'accès haut débit à Internet ne peut pas être intégré dans le marché de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée.

41. Le Conseil estime sur cette base que le diagnostic de non substituabilité au niveau de la demande entre l'accès sur réseau fixe et l'accès sur réseau mobile n'est pas encore suffisamment étayé par des faits probants.

42. L'analyse de la substituabilité entre les liaisons louées et l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée mérite d'être approfondie.

Les produits choisis pour effectuer la comparaison semblent peu appropriés car pas vraiment comparables. Ainsi en page 47 du projet IBPT, la comparaison de la tarification des lignes louées avec celle de l'abonnement pour une ligne analogique repose sur le prix d'une ligne louée entre Bruxelles et Liège ou entre Bruxelles et Brugge. Dans les deux cas, il est clair que la distance retenue pour la ligne louée est sans commune mesure avec la distance moyenne d'un réseau d'accès (moins de 5 km). La tarification des lignes louées étant fonction de la distance, il est important de comparer le prix de l'abonnement avec celui d'une ligne louée de dimension comparable.

2 Résultat: délimitation des marchés pertinents

2.1 Marchés de détail de l'accès (marchés 1 et 2)

43. La Commission a recensé deux marchés de détail de l'accès : le marché 1, marché de détail de l'accès pour les clients résidentiels, et le marché 2, marché de détail de l'accès pour les clients non résidentiels. L'analyse de la substituabilité des services du point de vue de la demande conduit l'IBPT à effectuer une segmentation supplémentaire (deux marchés dont un avec trois sub-marchés) :

- le marché national de l'accès pour la clientèle résidentielle;
- le marché national de l'accès analogique pour la clientèle non résidentielle;
- le marché national de l'accès numérique de base pour la clientèle non résidentielle;
- le marché national de l'accès numérique primaire pour la clientèle non résidentielle.

44. L'intérêt d'une telle segmentation supplémentaire dans le cadre de la procédure d'identification d'opérateurs puissants peut être discuté dans la mesure où elle n'apporte pas d'information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'opérateur dominant (même part de marché, mêmes barrières à l'entrée, mêmes évolutions de marché...). La distinction de nombreux marchés sur lesquels prévalent en fait les mêmes conditions de concurrence, d'une part, risque de faire perdre de vue la nécessité d'avoir une approche cohérente de l'ensemble, et d'autre part semble peu utile dans la mesure où la délimitation de marchés pertinents incluant des produits avec des dynamiques spécifiques n'interdit pas au régulateur sectoriel d'adopter des mesures de régulation différenciées au sein de ces marchés.

Le Conseil suggérerait donc à l'IBPT de ne pas appliquer la segmentation supplémentaire décrite ci-dessus. Comme celle-ci ne modifie pas les résultats de l'analyse de la puissance et l'identification des remèdes,²⁶ elle risque de s'avérer porteuse de complexité, sans revêtir une utilité pratique.

45. Par contre, une autre segmentation que celle proposée par la Commission pourrait s'avérer plus appropriée dans la situation belge.

En effet, les spécificités nationales belges rendent la frontière entre marchés résidentiels et non résidentiels floue. Les principaux produits en matière de ligne analogique ou numérique de base sont disponibles pour les deux types de clientèle à des tarifs identiques. La plupart des services supplémentaires que la technologie digitale de base permet d'offrir sont offerts tant aux clients résidentiels que non résidentiels.

Les lignes digitales primaires, par contre, à destination des clients non résidentiels, se démarquent clairement tant des lignes analogiques que digitales de base en termes de performances techniques, de prix et de dynamique de marché. La croissance et la pression accrue des opérateurs alternatifs ont fait baisser la part de marché de Belgacom de 95 % à 67 % entre 2000 et 2005 sur le marché des accès numériques primaires alors que cette même part de marché reste supérieure à 90 % dans les 3 autres marchés identifiés par l'IBPT.

²⁶ L'IBPT ne propose d'introduire une obligation de revente d'abonnement que sur les 3 premiers marchés qu'elle a identifiés. En ce qui concerne le marché numérique primaire, l'IBPT estime que l'absence de revente d'abonnement n'a pas empêché la concurrence de s'y développer de manière plus significative. Ce remède additionnel n'y serait dès lors pas justifié.

46. Le Conseil estime sur cette base, et en conformité avec l'exposé des motifs de la Recommandation²⁷ que, dans le cas belge, deux marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique fixe méritent d'être distingués : le marché national des lignes d'accès basse capacité et le marché national des lignes d'accès haute capacité.

Le Conseil note que d'autres régulateurs (Opta²⁸ et Comreg²⁹) ont notifié des définitions de marché pertinent de l'accès sans distinction entre clientèle résidentielle et non résidentielle, sans que ces notifications aient fait l'objet de commentaires de la part de la Commission sur ce point.

47. Dans le même ordre d'idées que celui soutenu au point 44 ci-dessus, le Conseil s'interroge sur l'utilité de segmenter le marché des services d'accès à Internet en 4 sous-marchés. Dans la mesure où l'IBPT conclut que ces différents sous-marchés se caractérisent par une concurrence effective et ne doivent pas être soumis à une régulation sectorielle *ex ante*, et où le Conseil estime qu'une segmentation moins fine de ces marchés ne serait pas de nature à modifier ces conclusions, la question de la définition du marché pertinent ne semble pas devoir être tranchée.

2.2 Marché de l'accès dégroupé (marché 11)

48. La Recommandation définit le marché 11 comme celui de la "fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux". Le projet IBPT estime, sur la base de cette définition, que les autres technologies d'accès (sur fibre optique, sur la boucle locale radio...) sont exclues parce qu'elles ne reposent pas sur une paire métallique : « Dès lors, pour intégrer ces technologies dans le marché pertinent de l'accès dégroupé, il serait nécessaire de ne plus faire référence à la paire métallique identifiée dans la Recommandation sur les marchés pertinents » (projet IBPT, p. 173)

49. La Commission dans ses commentaires à l'égard de la notification allemande relative au marché 11, précise que les technologies d'accès autres que sur paire métallique peuvent être prises en compte dans la définition du marché pertinent dès lors qu'elles peuvent être utilisées pour offrir des accès de gros en vue d'offrir des services voix et de la large bande. La référence à des boucles métalliques dans la recommandation sur les marchés pertinents ne conduit dès lors pas à exclure par nature les autres types de réseaux d'accès : "To the extent that fibre glass connections can be used to offer wholesale unbundled access to local loops and sub-loops for the purposes of providing broadband and voice services, like metallic loops and sub-loops, they may thus, on the basis of specific national circumstances, form part of market 11".

²⁷ Cf. exposé des motifs, p. 14 : "Lorsqu'ils envisagent de restreindre ou d'élargir la définition de leurs marchés en fonction de circonstances propres à leur marché national, les ARN doivent se conformer aux principes et aux méthodes prévus dans les lignes directrices et dans la présente recommandation. Une définition plus restreinte du marché peut être justifiée du fait, par exemple, qu'il s'avère que la substitution du côté de la demande ou de l'offre est possible sur une partie seulement du marché (pour une durée déterminée). Cela peut être le cas, par exemple, lorsque la concurrence sur un marché de détail est beaucoup plus développée pour des catégories distinctes et bien définies de clients résidentiels que pour d'autres catégories."

²⁸ "Ontwerpbesluit retailmarkten voor vaste telefonie", 1 juillet 2005, point 257.

²⁹ "Market analysis Retail fixed narrowband market", doc. 05/25 du 22 mars 2005.

Le faible déploiement de ces technologies et du nombre d'offres de détail ne sont également pas de nature à exclure ces technologies du marché pertinent ; ces éléments interviennent dans l'étape 2 d'identification de l'opérateur dominant.

2.3 Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande ou accès bitstream (marché 12)

50. Parmi les remèdes, l'IBPT mentionne l'obligation d'étendre l'offre bitstream basée actuellement sur une interface au niveau ATM à une offre basée sur une interface de type IP³⁰. L'offre bitstream actuelle est l'offre BROBAII, dans le cadre de laquelle l'interconnexion entre le réseau de Belgacom et le réseau de l'opérateur alternatif s'effectue derrière un commutateur ATM.

Le Conseil interprète cette obligation d'étendre l'offre bitstream comme une conséquence de la substituabilité entre les services binaires fournis sur IP et les services binaires existants fournis sur ATM. Cependant, la définition du marché pertinent de la fourniture en gros de l'accès à large bande³¹ ne mentionne pas cette analyse de substituabilité.

51. Dans le cadre de l'analyse de la substituabilité entre les offres d'accès à un débit binaire BROBAII, ADSL et SDSL, l'IBPT considère que "du côté de l'offre, il existe donc une substituabilité entre l'ensemble des services d'accès à un débit binaire existants et les offres en gros (actuellement non commercialisées) mais correspondant à des services de détail haut débit actuellement commercialisés".³²

Le Conseil constate à cet égard que, pour établir cette substituabilité en l'absence d'une offre de gros, l'IBPT doit faire appel à une offre hypothétique. Pourtant, dans le cadre de son analyse de la substituabilité entre les offres d'accès bitstream et les accès large bande sur réseaux câblés, l'Institut rejette la prise en compte d'une offre hypothétique : "L'IBPT remarque d'ailleurs que, parallèlement à l'absence de demande des opérateurs alternatifs et des FAI [Fournisseurs d'Accès Internet], les câblo-opérateurs en Belgique n'ont jamais manifesté d'intérêt pour développer la fourniture d'offres de vente en gros de ce type. La substituabilité du côté de l'offre entre Belgacom et les câblo-opérateurs apparaît donc comme purement hypothétique".³³

C. Détermination du/des opérateurs SMP

1. Marchés de détail de l'accès (marchés 1 et 2)

52. Le Conseil prend note de ce que, en conclusion de son analyse des marchés de détail d'accès, l'IBPT estime que Belgacom peut, en raison de *l'absence de concurrence réelle* sur le marché de détail de l'accès, maintenir les prix à un niveau exagéré ou réduire les marges au détriment des utilisateurs finals (projet IBPT, p. 90).

53. Par contre, dans l'évaluation des remèdes à appliquer sur les marchés de détail, l'IBPT semble accepter qu'il y a une *pression compétitive réelle*.

³⁰ Projet IBPT, p. 252.

³¹ Projet IBPT, pp. 211-230.

³² Projet IBPT, p. 225.

³³ Projet IBPT, pp. 228-229.

C'est ainsi qu'il évalue qu'il n'est pas nécessaire de maintenir une obligation d'orientation sur les coûts au niveau des marchés de détail de l'accès dans la mesure où il est peu probable que Belgacom augmente le tarif de ses abonnements.³⁴

De même, « l'Institut n'estime pas non plus opportun de prévoir de mesure en rapport avec l'interdiction de pratiquer des prix anormalement hauts ; la probabilité que Belgacom augmente le prix de ses abonnements nous paraît faible étant donné d'une part l'existence d'offres alternatives (Telenet, Scarlet One, Coditel) et d'autre part du risque que certains utilisateurs abandonnent la ligne fixe. Par ailleurs, tant que Belgacom demeure en charge du Service Universel, elle reste soumise à une obligation de prix abordables. » (Projet IBPT, p. 129). Ceci suggère qu'en dépit de la faible part de marché des opérateurs de réseaux câblés (moins de 10%), l'IBPT estime qu'ils sont en mesure d'exercer une pression compétitive suffisante sur l'opérateur dominant pour l'empêcher d'exploiter cette dominance à travers la pratique de prix abusivement élevés.

54. Le marché de détail des services d'accès à Internet se caractérise par un marché de l'accès à Internet bas débit en forte décroissance et une migration vers le marché haut débit. Ainsi que le précise l'IBPT³⁵, ce dernier a longtemps été un marché en duopole (Belgacom/câblo-opérateurs) et la part de marché des opérateurs alternatifs reste limitée. Mi-2005, le marché est dominé par Belgacom avec près de 50 % des accès Internet haut débit suivi par le câblo-opérateur Telenet avec près de 30 % des accès haut débit à Internet. Outre ces deux acteurs, le reste du marché est plus fragmenté, avec des acteurs tels que Scarlet ou Versatel qui ont des parts de marché autour de 3 % chacun.

L'IBPT estime que l'existence d'offres de gros d'accès dégroupés, de services bitstream et de services CS/CPS de collecte de trafic permettent de réduire fortement les barrières à l'entrée. Il considère que les parts de marché importantes de Belgacom sur les marchés de l'accès bas débit résultent davantage de la stratégie des fournisseurs d'accès Internet (FAI) de se focaliser sur la fourniture d'accès haut débit que d'un manque de concurrence effective sur ces marchés. Il n'explicite toutefois pas pourquoi la structure de duopole du marché des accès haut débit à l'Internet ne conduit pas à une situation de dominance conjointe.

2. Marchés de l'accès dégroupé et de la fourniture en gros d'accès à large bande ou accès bitstream (marchés 11 et 12)

55. L'IBPT désigne Belgacom comme seul offreur dans les marchés 11 et 12, en position dominante sur ces marchés sur la période considérée avec 100 % de part de marché. Il considère par ailleurs que, compte tenu des barrières à l'entrée identifiées sur le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupés et de la position développée par Belgacom, celui-ci devrait rester l'unique opérateur actif sur le marché 11. Comme il l'a déjà explicité, le Conseil a de sérieuses doutes sur cette prise de position dans le projet IBPT.

56. Les barrières à l'entrée identifiées sur le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupés concernent entre autres le contrôle d'une infrastructure d'accès qui ne peut être dupliquée. Étant donné l'important déploiement géographique des réseaux câblés sur le territoire belge – qui atteint 80 % du territoire et assure un large taux de

³⁴ Projet IBPT, pp. 91, 127, 128.

³⁵ Projet IBPT, p. 151.

recouvrement avec les offres de l'opérateur historique - et leur mise à niveau en réseaux bi-directionnels dans une large partie du territoire, les consommateurs finaux ont le choix entre au moins deux opérateurs d'accès pour les services voix et accès à Internet.

L'infrastructure d'accès est donc effectivement dupliquée dans une large partie du territoire.

57. De plus, et contrairement aux autres marchés européens caractérisés par un déploiement significatif des accès câble, une société, Telenet, a fédéré en Flandre les activités des différents câblo-opérateurs. Dans cette région, qui représente 60 % de la population, le marché de l'accès est de fait un duopole. Au niveau du marché de gros, par contre, l'absence d'obligations de fourniture dans le chef des opérateurs de réseaux d'accès autres que celui de Belgacom couplée à la non prise en compte par l'IBPT des livraisons internes, implique que seul l'opérateur qui a cette obligation est actif dans ce marché de gros avec une part de marché de 100 %.

D. Remèdes

1. Interdépendance de remèdes

58. Comme le relève le GRE, lorsque l'analyse du marché pertinent révèle qu'une concurrence entre infrastructures est possible, la promotion d'une concurrence soutenable, basée sur les infrastructures, dépend de manière cruciale de la politique adoptée par les NRA en matière de régulation de l'accès.³⁶

59. Etant donné que l'incitant pour les nouveaux entrants à investir change au cours du temps, en fonction entre autres de leur base de clientèle, le GRE prône une approche ("ladder of investment") basée sur des modalités variées, en terme de coût d'investissement pour l'entrant, d'accès dans le marché. Le positionnement en prix de ces divers produits d'accès doit inciter les entrants à augmenter au cours du temps leurs investissements en infrastructures pour réduire leur dépendance à l'égard de l'opérateur historique et pour accroître leur capacité de différenciation et d'innovation.

2 Absence d'une méthodologie pour apprécier le caractère approprié, justifié et proportionnel des remèdes proposés

60. Dans sa Communication du 6 février 2006,³⁷ la Commission rappelle que les remèdes doivent être :

- "appropriés", c'est-à-dire basés sur la nature du problème identifié et de nature à le résoudre le plus rapidement possible et de manière adéquate;

³⁶ "By the decision as to if and on which level of the infrastructure access has to be provided by the SMP undertaking and by setting the access price, NRAs will influence investment incentives of both the SMP undertaking and alternative operators", doc. GRE (03) 30 rev1 du 1er avril 2004, p. 13.

³⁷ Communication de la Commission du 6 février 2006 au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire. Consolidation du marché intérieur pour les communications électroniques, doc. COM(2006) 28.

- "proportionnés" : étant donné que les décisions que peut prendre le régulateur peuvent imposer des coûts significatifs, il est important de choisir le remède le moins intrusif ; et
- "justifiés" au regard des objectifs définis dans l'article 8 de la directive Cadre (promotion de la concurrence, développement du marché intérieur, protection des intérêts des consommateurs).

61. Il est nécessaire d'appliquer ces principes d'une manière transparente et justifiée de façon à pouvoir évaluer la nécessité d'une intervention et à pouvoir juger quand celle-ci devient inutile.

62. Un certain nombre de documents³⁸ ont été publiés qui expliquent les démarches à suivre et les principes qui doivent guider les ARN dans leur processus de sélection de remèdes.

Ofcom, par exemple, définit 6 étapes :

- (a) définir le problème qui doit être adressé (et son importance) et en quoi il a un impact sur les intérêts des consommateurs;
- (b) définir clairement les objectifs poursuivis et les critères permettant de classer les différentes options;

C'est seulement en définissant clairement les objectifs poursuivis qu'il est possible d'analyser si une mesure est efficace (a atteint l'objectif attendu) et si elle doit être maintenue. A défaut d'une telle approche, l'objectif générique d'une régulation minimale ne sera jamais atteint. Par ailleurs, il est également important de clarifier le poids relatif donné aux différents objectifs afin d'évaluer la cohérence dans l'approche retenue.

- (c) identifier les options qui sont disponibles pour remédier au problème;
- (d) identifier les impacts sur les différents types d'acteurs (pour éviter de ne prendre en compte que les plus 'bruyants');
- (e) identifier l'impact sur la concurrence;
- (f) évaluer les impacts et choisir la meilleure option.

63. Un exemple d'application de cette procédure peut être trouvé dans le chapitre 7³⁹ de l'analyse du marché 11 faite par le régulateur néerlandais OPTA. Sur base de l'analyse de marché, OPTA détermine d'abord quels objectifs sont prioritaires. Ensuite, les remèdes qui seront imposés à KPN sont décrits, avec une justification du caractère approprié et nécessaire ("geschikt en noodzakelijk"). Enfin les impacts de la régulation sont analysés pour en arriver à une évaluation de l'impact global.

64. Les deux premières étapes d'analyse du marché et d'identification d'éventuels opérateurs puissants conduit à décider s'il est nécessaire d'introduire, maintenir ou

³⁸ Voir entre autres, le document du GRE "ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework", doc. GRE (03) 30 rev1 du 1er avril 2004, et les lignes directrices publiées en juillet 2005 par Ofcom : "Better Policy Making. Ofcom's Approach to Impact Assessment."

³⁹ "Analyse van de markt voor ontbundelde toegang op wholesale niveau (inclusief gedeelte toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten", Ontwerpbesluit Notificatie, 4 november 2005.

supprimer une/la régulation. Au delà du diagnostic d'absence de concurrence effective dans le marché sur la période examinée et d'insuffisance du droit de la concurrence à remédier seul aux distorsions de concurrence possible par le(s) entreprise(s) en position dominante, l'étape des remèdes démarre par l'identification des options disponibles (y compris l'option 'wait and see', qui consiste à surveiller le marché et revoir sa position ultérieurement sur base d'informations complémentaires).

L'option de base est de ne rien changer au cadre réglementaire existant. C'est par rapport à cette option que les coûts et bénéfices des autres options seront évalués.

Pour chaque option relevante, l'évaluation des coûts et bénéfices attendus doit distinguer, quand c'est relevant, les différences d'impact par types d'acteurs concernés (types de concurrents, types de consommateurs).

65. Le Conseil ne retrouve pas une telle approche systématique, basée sur une application orthodoxe d'une méthodologie bien établie, dans le projet IBPT (même si l'IBPT mentionne à diverses reprises qu'il respectera dans le choix des mesures les principes d'objectivité, de transparence, de non discrimination et de neutralité technologique énoncés à l'article 5 de la Loi⁴⁰).

Le Conseil craint qu'il ne suffit pas d'affirmer que "l'utilisation de remèdes *ex post* en droit de la concurrence ne serait pas suffisante car les opérateurs doivent pouvoir établir avec certitude leur plan d'affaires et garantir à leurs abonnés des services téléphoniques concurrentiels par rapport à ceux de Belgacom avant même leur commercialisation".⁴¹ L'intervention *ex ante* d'un régulateur ne permet pas toujours non plus aux opérateurs de "pouvoir établir avec certitude leur plan d'affaires" dans la mesure où ces interventions modifient le cadre réglementaire auquel ils sont soumis⁴².

66. A défaut d'utilisation d'une méthodologie systématique *d'évaluation* des remèdes, le Conseil ne perçoit pas toujours la pertinence de certains remèdes proposés. A titre d'exemple, le Conseil relève dans les paragraphes suivants des exemples de remèdes pour lesquels le caractère justifié, proportionné ou approprié n'est pas clairement établi.

3. Observations ponctuelles, à titre d'illustration

3.1 Imposition de la revente en gros de l'abonnement

67. Le Conseil souhaite formuler les questions suivantes sur l'introduction de cette nouvelle remède : la revente en gros de l'abonnement ("wholesale line rental", ci-après "WLR").

- Le projet IBPT identifie plusieurs objectifs. Entre la perte de parts de marché pour Belgacom sur le marché de détail de l'accès, la stabilisation ou le gain de parts de marché sur les marchés de détail des services de communications pour les opérateurs offrant des services CS/CPS, la stimulation d'offres tarifaires innovantes et le développement d'investissements en infrastructures, quel est l'objectif prioritaire poursuivi par l'IBPT et quels sont les poids relatifs accordés à chacun des objectifs ?

⁴⁰ Cf. par exemple p. 97 ou p. 194 du projet IBPT.

⁴¹ Projet IBPT, pp. 100, 200 et 253.

⁴² Ceci concerne tant l'opérateur puissant qui peut se voir imposer à tout moment des modifications de son offre de référence (tant en terme qualitatifs que quantitatifs) que les opérateurs alternatifs forcés de réévaluer la pertinence de leur stratégie de développement à la lumière du nouveau cadre réglementaire.

- Quelles sont les remèdes potentiels et pourquoi le WLR est à préférer sur d'autres remèdes ? Suivant l'objectif poursuivi, différents remèdes peuvent être envisagés, dont la revente d'abonnement. Pour chacun de ces remèdes, les coûts et bénéfices potentiels ainsi que les différentiels d'impact en fonction des catégories d'utilisateurs (opérateur alternatif disposant d'un réseau d'accès, opérateur alternatif ayant investi en dégroupage de la boucle locale et/ou en bitstream, opérateur alternatif utilisateur de CS/CPS) doivent être évalués en vue de déterminer en quoi le WLR est le remède le plus efficace. L'identification des coûts et bénéfices est impérative afin de rendre transparentes les mesures d'efficacité sur lesquelles l'IBPT va baser son diagnostic lorsqu'il va évaluer dans 18 mois l'impact du WLR (ou d'autres remèdes).

- En ce qui concerne l'approche "ladder of investment", que l'IBPT dit avoir l'intention de suivre,⁴³ il est établi (p.120 du projet IBPT) :

"Le taux de réduction de l'offre de gros par rapport à l'offre de détail devra permettre

- la duplication des offres de l'opérateur historique

- d'éviter les ciseaux tarifaires

- de laisser un espace économique suffisant pour le dégroupage de la boucle locale

Il sera nécessaire d'identifier un tarif de détail unique de référence, égal à une moyenne pondérée des divers tarifs de détail existants. Cette démarche facilitera la fixation d'un tarif de gros."

Il n'est pas clair pour le Conseil quelle est l'importance relative que l'IBPT donne aux divers objectifs énoncés et, d'autre part, quelle est la mesure dans laquelle le remède proposé, basé sur un tarif de détail unique, permettra d'atteindre ces objectifs.

Le Conseil constate à cet égard qu'il n'y a pas d'unanimité au sein des opérateurs en faveur du WLR tel qu'il est proposé par l'IBPT.

3.2 Contrôle des prix de détail de l'accès

68. L'exposé de la Recommandation précise : "En effet, les contrôles réglementaires relatifs à la tarification de détail ne peuvent être appliqués que lorsque les mesures applicables aux prix de gros ou les mesures associées ne permettraient pas de garantir une réelle concurrence."

Il n'est pas clair pour le Conseil sur quelle base l'IBPT peut dès à présent estimer que le WLR sera insuffisant et qu'il faut dès lors également des remèdes au niveau du marché de détail de l'accès.

69. Etant donné l'ensemble des dispositions *ex ante* et *ex post* en matière d'obligations de non discrimination, d'absence de prix d'éviction et de prix prédateurs, le Conseil préconiserait l'option *wait and see* consistant à attendre l'évaluation de l'efficacité de l'introduction éventuelle de ce nouveau remède de gros que représente le WLR avant de

⁴³ Voy. projet IBPT, p. 105 : "...le tarif d'accès au service de revente de l'abonnement sera établi de façon à permettre à un opérateur d'entrer sur ce marché et d'élaborer des offres d'envergure nationale ; toutefois, pour s'assurer une rentabilité durable, cet opérateur aura intérêt à ensuite investir dans des offres fondées sur le dégroupage et le BROBA, et donc à investir dans l'infrastructure... L'Institut veillera à ce que un investissement efficace soit toujours préférable à l'utilisation d'une offre de revente...".

modifier/renforcer le cadre réglementaire existant au niveau du marché de détail de l'accès.

70. Une approche similaire est adoptée par le Conseil de la concurrence français dans son avis n° 05-A-05 du 16 février 2005.⁴⁴

3.3 Maintien et extension des offres BRUO et BROBAII

71. L'IBPT ne se prononce ni sur les causes de l'échec de l'offre de dégroupage en Belgique, ni sur les motifs de l'absence de concurrence au niveau du marché de gros des accès et transport large bande. Il estime, au contraire, que les obligations en matière d'accès dégroupé ont contribué à l'émergence d'une concurrence sur les marchés belges de la téléphonie et des services d'accès à Internet et que leur suppression serait préjudiciable au développement d'un marché effectivement concurrentiel. La concurrence sur le marché de la téléphonie s'effectue principalement par les services CS/CPS qui sont offerts sur environ 20 % des lignes d'accès tandis que le dégroupage ne concerne encore que 0,5 % des lignes d'accès actives. La concurrence sur le marché des services d'accès à Internet s'est développée grâce aux opérateurs de réseaux câble, qui représentent 35 % des accès large bande de détail et grâce à l'offre bitstream qui représente 14 % des accès large bande de détail. En ce qui concerne le marché de gros des accès large bande, l'IBPT estime l'entrée potentielle d'un voire de deux acteurs (permis par le développement du dégroupage) au cours de la période de référence sans fournir plus d'éléments explicatifs de ce point de vue.

72. Il est, sur cette base, difficile d'évaluer le caractère approprié des remèdes proposés (maintien et extension des offres BRUO et BROBAII) et la mesure dans laquelle ils respectent les principes du "ladder of investment".

3.4 Imposition de remèdes dans le marché émergent VDSL, VDSL2

73. Le Conseil s'interroge sur le caractère justifié et technologiquement neutre de l'imposition d'une offre de type bitstream VDSL, VDSL2 alors que l'IBPT observe que divers acteurs utilisant différentes technologies sont en présence sur le marché du très haut débit, aucun acteur ne disposant d'une supériorité technologique.⁴⁵

74. L'IBPT souhaite imposer entre autres comme remède dans le marché 12 (projet IBPT, p. 254):

"Le jour de la commercialisation d'une offre de détail haut débit, Belgacom devra adapter son offre d'accès à un débit binaire de manière à ce qu'elle permette la

⁴⁴ "D'une manière générale, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de rappeler dans ses avis précités que le contrôle des tarifs sur les marchés de détail est une option de régulation qui ne peut se justifier que dans des cas exceptionnels où aucune concurrence n'est susceptible de voir le jour, une régulation appropriée des marchés de gros devant être privilégiée.

Néanmoins si une régulation *ex ante* des offres de détail peut se révéler plus adaptée aux problèmes de concurrence qui subsiste sur ces marchés, le Conseil rappelle que, outre leur caractère transitoire déjà évoqué ci-dessus, les obligations imposées doivent être strictement proportionnées aux problèmes de concurrence identifiés. Les obligations mises à la disposition du régulateur dans le nouveau cadre réglementaire sont suffisamment nombreuses et variées pour que l'intervention du régulateur présente une certaine souplesse et s'adapte aux spécificités des diverses situations. A cet égard, le fait que l'ART envisage d'adopter, s'agissant des marchés de détail, l'ensemble des instruments mis à sa disposition, y compris l'orientation des tarifs vers les coûts, ne paraît pas répondre à ces caractéristiques."

⁴⁵ Projet IBPT, p. 158.

duplication par ses concurrents de la nouvelle offre de détail de Belgacom (ADSL2, ADSL2+, SDSL, VDSL, VDSL2). Cette obligation concerne également les offres actuelles pour lesquelles il n'existe pas pour l'instant d'offres en gros équivalentes (comme les services d'accès à Internet haut débit VDSL)."

Dans son analyse du marché de détail de l'accès à l'Internet, l'IBPT conclut :

"En conclusion, le marché des services d'accès à Internet se caractérise par :

- un marché bas débit peu dynamique et en phase de décroissance
- un marché haut débit dynamique et en phase de développement disposant d'un grand nombre d'offres, de structures tarifaires variées et d'un large éventail d'options. L'émergence d'offres à très haut débit permet aux acteurs de se différencier."⁴⁶

75. Au contraire du marché Internet bas débit, le marché Internet du haut débit se caractérise par l'utilisation récente de technologies innovantes : technologies VDSL (pour l'opérateur historique), ADSL2+ (pour des opérateurs alternatifs) ou EURODOCSIS2.0 pour des câblo-opérateurs. Dans ce contexte, aucun opérateur ne bénéficie d'un avantage technologique particulier par rapport aux autres.

76. Sur base du diagnostic de concurrence sur le marché de détail de l'accès haut débit, les obligations réglementaires prévues dans le marché 12 en matière de VDSL ne semblent ni adéquates, car non fondées sur la nature du problème constaté et contraire au principe de neutralité technologique, ni proportionnées ou justifiées au regard de l'objectif d'encouragement des investissements efficaces en matière d'infrastructures et de soutien à l'innovation. La disponibilité au niveau de l'accès dégroupé d'un accès compatible avec les différentes technologies utilisées par les acteurs pour des offres de très haut débit, permet le développement d'offres innovantes concurrentes en maintenant l'incitant à investir dans les infrastructures.

77. La décision de la Commission à l'égard du projet de notification allemand relatif au marché 12 ne contredit pas les conclusions du Conseil. Alors que ladite décision européenne porte sur la question de la définition du marché pertinent, l'observation du Conseil porte sur le caractère approprié des remèdes proposés dans le marché 12. La situation belge est en effet fondamentalement différente de la situation allemande⁴⁷ :

- l'opérateur historique allemand contrôle la quasi-totalité des offres de détail haut débit alors qu'en Belgique, la part de marché de Skynet sur le haut débit ne représente qu'environ 50 %;
- il n'y a pas encore d'offre bitstream en Allemagne alors qu'elle existe depuis 2001 en Belgique et connaît un succès important (205.093 lignes en janvier 2006 et 28 % du total des lignes DSL) au détriment des offres d'accès dégroupés (9.282 lignes en janvier 2006);
- il existe une infrastructure alternative d'accès en Belgique. Les accès sur réseaux câble représentent en effet 35% du marché de détail de l'accès haut débit.

⁴⁶ Projet IBPT, p. 154.

⁴⁷ Dans cette décision, la Commission émet de 'sérieux doutes' à l'égard de la décision de BNetzA d'exclure l'accès de gros VDSL du marché pertinent.

78. Enfin, l'engagement pris par l'IBPT⁴⁸ de mener une observation régulière du marché des services d'accès haut débit à Internet justifie selon le Conseil le recours à une option "wait and see" de préférence à une intervention régulatrice *ex ante* qui risque de perturber la concurrence par innovation dans ce marché émergent.

3.5 Obligation générique de répondre à toute demande raisonnable d'accès

79. Le Conseil attire l'attention de l'IBPT sur le fait qu'il doit également veiller au respect de l'approche "ladder of investment" dans le cadre de l'imposition d'une obligation générique de répondre à toute demande raisonnable d'accès.⁴⁹ Ainsi que le précise le GRE :

"Mandating reasonable requests for access to network infrastructure can be justified as a means of increasing competition, but NRAs need to balance the rights of an infrastructure owner to exploit its infrastructure for its own benefit, and the rights of other service providers to access facilities that are essential for the provision of competing services. However an important principle is that the imposition of mandated access that increases competition in the short-term should not reduce incentives for competitors to invest in alternative facilities that will secure more competition in the long-term.

[...]

The access requirements are both broad and extensive; ranging from the provision of services on a wholesale basis for resale by third parties to the provision of access to specific network components and various technical and interoperability requirements. Due to the extensive nature and serious effects attached to this obligation there is explicit reference within the obligation that the NRAs give careful consideration to the investment decisions of both entrants and incumbents to ensure, where possible, that self sustaining competition is encouraged."⁵⁰

80. Au delà des critères de faisabilité technique et d'intégrité du réseau, c'est le caractère essentiel pour le développement de la concurrence qui détermine le caractère raisonnable de la demande. L'imposition d'une obligation d'accès qui accroîtrait la concurrence dans le court terme ne devrait pas s'effectuer au préjudice d'un incitant pour les entrants à investir dans l'infrastructure, seul gage d'une concurrence soutenable.

⁴⁸ Du fait de l'évolution rapide des services liés aux accès haut débit à Internet, une observation régulière de ces marchés pourra être menée par l'IBPT, a priori annuellement. Ceci pourra amener l'IBPT à réaliser de nouvelles analyses de marchés dans un délai plus bref que pour d'autres marchés plus mûrs. Projet IBPT, p. 160.

⁴⁹ Voir par exemple pp. 101, 198, 227, 272, 274 du projet IBPT : Belgacom devra négocier rapidement les conditions d'accès et d'interconnexion et devra répondre aux demandes raisonnables d'accès et d'interconnexion même si les services en cause ne sont pas inclus dans l'Offre de Référence. Belgacom ne pourra refuser des demandes d'accès et d'interconnexion que sur la base de critères objectifs relatifs à la faisabilité technique ou à la nécessité de garantir l'intégrité du réseau.

⁵⁰ Doc. GRE (03) 30 rev1 du 1er avril 2004, précité, p. 51.

3.6 Imposition d'une révision annuelle des offres de référence

81. Le Conseil s'interroge sur le caractère justifié et proportionné⁵¹ d'une révision annuelle des offres de référence alors que Belgacom ou tout bénéficiaire peut proposer des modifications qui seront incluses après approbation de l'IBPT⁵² et que l'IBPT peut modifier l'Offre de référence en vue d'imposer des mesures prévues par la Loi⁵³. Dans quelle mesure, dès lors, la procédure de révision annuelle des Offres de Référence justifie-t-elle les coûts pour l'ensemble des acteurs (opérateurs et régulateur) qui y sont associés ?

3.7 Obligations de séparation comptable

82. Il est important d'avoir une vue d'ensemble des remèdes proposés pour en évaluer la cohérence et le coût de mise en œuvre. Le caractère et approprié et proportionné des obligations de séparation comptable ne pourra être évalué que lorsque l'IBPT publiera une décision relative à la description du système de comptabilisation des coûts.

⁵¹ La publication d'Offres de Référence en matière de sélection et de présélection a pu être gérée de manière satisfaisante par le passé et ne représente donc pas une contrainte disproportionnée. Voy. projet IBPT, p. 112.

⁵² Lorsque l'IBPT marque son accord sur une modification donnée et que celle-ci n'est pas immédiatement reprise par Belgacom dans l'Offre de référence, le bénéficiaire peut compléter et corriger l'Offre de référence concernée compte tenu de la décision de l'IBPT. Dans ce cas, les modifications en question sont considérées comme apportées par Belgacom. Projet IBPT, p. 115.

⁵³ "Conformément à l'article 59, § 4 de la Loi, l'IBPT peut modifier l'Offre de Référence en vue d'imposer les mesures prévues par la loi" (projet IBPT, p. 112); "Conformément à l'article 59, § 4, de la Loi, l'IBPT doit pouvoir modifier à tout moment l'Offre de Référence afin de tenir compte de l'évolution des offres de Belgacom et des demandes des opérateurs alternatifs" (id., p. 202); "L'IBPT aura le pouvoir de modifier l'Offre de Référence à tout moment" (id., p. 203); voy. aussi pp. 209, 256, 257.

Conclusions

83. Comme énoncé-ci dessus, le Conseil souhaite que l'IBPT précise les motifs du caractère approprié, proportionné et justifié de chaque obligation proposée. A défaut de ces motifs, le Conseil considère que l'obligation en question ne peut pas être imposée à l'opérateur puissant.

84. Le Conseil se réserve le droit d'émettre son avis sur les obligations que l'IBPT lui proposera, après en avoir explicité les motifs comme indiqué ci-dessus.

85. Toutefois, le Conseil estime devoir dès à présent attirer l'attention de l'IBPT sur le caractère subsidiaire des obligations éventuelles destinées aux marchés de détail, c'est-à-dire les obligations dénommées "remèdes de détail".

L'IBPT énonce qu'il "considère que les remèdes de gros sont insuffisants pour assurer une concurrence effective et ne protègent pas les consommateurs contre les comportements des opérateurs puissants sur les marchés. (...) ne permettent pas non plus de garantir l'absence de prix d'éviction anormalement bas. (...) Le risque de subventions croisées anticoncurrentielles ne serait pas davantage contrecarré par des remèdes de gros."⁵⁴

Ainsi, l'IBPT envisage d'imposer des remèdes de détail sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée, portant sur l'interdiction de certains comportements énumérés par l'article 64, § 1, deuxième alinéa, de la Loi, notamment :

- d'entraver l'accès au marché,
- d'utiliser des prix d'éviction restreignant la concurrence,
- d'appliquer des préférences injustifiées pour certains utilisateurs finals, et
- de grouper des services de manière injustifiée.⁵⁵

Conformément à l'article 64, § 1er, premier alinéa, de la Loi, l'IBPT ne pourra imposer une ou plusieurs de ces obligations qu'après avoir constaté que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 de la Loi, c'est-à-dire les remèdes de gros, ne permettent pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la Loi.

86. A l'heure actuelle, la question de savoir si l'un ou l'autre de ces remèdes de détail doit être imposé, est prématurée. Le présent avis ne pourrait dès lors pas avoir pour objet d'autoriser à l'IBPT, conformément à l'article 55, § 5, de la Loi, d'imposer une ou plusieurs des obligations visées au deuxième alinéa de l'article 64, § 1, de la Loi et mentionnées ci-dessus.

Lorsque, à l'avenir, l'IBPT voudra imposer un ou plusieurs de ces remèdes de détail, le Conseil de la concurrence émettra son avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence, après avoir reçu communication du projet de décision de l'Institut, conformément à l'article 55, § 5, de la Loi.

⁵⁴ Projet IBPT, p. 123.

⁵⁵ Idem, 124.