

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

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2006/AR/2154

R. n° : 2007/ 4348

N° : 1298

Arrêt définitif

Télécommunications

IBPT

Analyse des marchés 1 et

2

Désignation d'un

opérateur SMP

Remèdes de gros et de

détail sur un marché non

concurrentiel.

**EN CAUSE DE :**

**BELGACOM**, société anonyme de droit public dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951,

Requérante,

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

Plaideurs : Maîtres D. Van Liedekerke et E. Van Parys,

**CONTRE :**

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

Partie adverse,

Représenté par Maître Sébastien Depré, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 240 et Maître Winston J. Maxwell, avocat à 75008 Paris (France), avenue Franklin Roosevelt, 69,

**EN PRESENCE DE :**

**1.- TELE2 BELGIUM**, société anonyme dont le siège social est établi à 1780 Wemmel, avenue Reine Astrid, 166, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0459.623.216,

01 -06- 2007

**2.- VERSATEL BELGIUM**, société anonyme dont le siège social est établi à 1780 Wemmel, avocat Reine Astrid, 166, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0463.193.905,

Intervenantes volontaires,

Représentées par Maîtres Alexandre Verheyden <sup>3 par des</sup> et Yvan Desmedt, avocats à 1200 Bruxelles, boulevard Brand Whitlock, 165,

Plaideur : Maître Y. Desmedt.

\*\*\*\*

### I.- DECISION ATTAQUEE

Le recours est dirigé contre la décision prononcée le 19 juin 2006 par 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 de détail du groupe « accès », sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003.

### II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

01 -06- 2007

Le recours est formé par requête, déposée par Belgacom au greffe de la cour, le 28 juillet 2006.

L'intervention volontaire est introduite par requête, déposée par Tele2 et Versatel au greffe de la cour, le 24 octobre 2006.

Par requête déposée le 23 avril 2007, Belgacom sollicite la réouverture des débats afin de pouvoir joindre à son dossier des pièces nouvelles.

La procédure est contradictoire.

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

### III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Le 11 février 2003, la Commission européenne a adopté une recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante, conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Il est ainsi recommandé aux autorités réglementaires nationales (ARN) d'analyser les marchés de produits et de services qui sont énumérés dans l'annexe et ensuite de définir les marchés pertinents sur lesquels une réglementation ex ante peut se justifier.

L'IBPT a, dans un premier temps, décidé de procéder à l'analyse de quatre marchés qui font partie du groupe « Accès » de la liste annexée à la recommandation de la Commission, à savoir :

- l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (Marché 1) ;
- l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 2) ;
- la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles des lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux (Marché 11) ;
- la fourniture en gros d'accès à large bande (Marché 12).

Le 25 octobre 2005, l'IBPT a publié un document de consultation relatif à ces marchés en invitant les opérateurs à faire valoir leurs commentaires sur son analyse et les remèdes qu'il proposait d'imposer.

01-06-2007

Suite à cette consultation, l'IBPT a modifié son projet initial et l'a soumis, le 24 février 2006, au Conseil de la concurrence qui a rendu son avis le 25 mars 2006. Aux termes de celui-ci, le Conseil de la concurrence a émis plusieurs observations et a invité l'IBPT à préciser les motifs du caractère approprié, proportionné et justifié de chaque obligation proposée. Il s'est par ailleurs réservé le droit d'émettre son avis sur les obligations que l'IBPT lui proposera après en avoir explicité les motifs.

L'IBPT a modifié son projet en ce qui concerne les marchés 1 et 2 et a décidé de suspendre sa décision pour les marchés 11 et 12, eu égard à l'existence d'une controverse quant à sa compétence éventuelle pour pouvoir examiner seul ces marchés (cf. infra).

Un nouveau projet daté du 10 mai 2006 a été soumis à la procédure de consultation européenne. Par son avis du 9 juin 2006, la Commission européenne a décidé qu'il n'y avait pas lieu pour elle de formuler d'observations.

Le 19 juin 2006, l'IBPT a adopté sa décision définitive.

2. Belgacom introduit un recours contre cette décision qu'elle demande à la cour de mettre à néant, soit dans son intégralité soit en ce qu'elle lui impose des obligations ex ante, en tout ou en partie.

Tele2 et Versatel interviennent volontairement à la cause. Elles demandaient originairement à la cour de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'elles puissent avoir connaissance du dossier administratif complet, demande à laquelle elles ont renoncé à l'audience du 2 février 2007. Pour le surplus, elles soutiennent la position de l'IBPT. La recevabilité de leur intervention volontaire n'est pas contestée.

Eu égard à la teneur de la décision prise par la cour (cf. infra) la question de l'étendue de sa compétence ne se pose pas.

#### **IV.- DISCUSSION**

##### **1.- Sur la requête en réouverture des débats**

3. Dès lors que l'objet de la requête en réouverture des débats est de pouvoir déposer de nouvelles pièces à l'appui de son premier moyen, celle-ci sera examinée en même temps que ce dernier.

##### **2.- Sur le moyen tiré de la méconnaissance des règles constitutionnelles et légales régissant la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les communautés et régissant les compétences de l'IBPT.**

4. En vertu de l'article 127 § 1 de la Constitution et de l'article 4, 6° de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et télévision et le législateur fédéral demeure compétent pour les autres formes de télécommunications.

01 -06- 2007

L'article 14, § 2, 5° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et des télécommunications belges, inséré par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, dispose que *l'Institut peut uniquement prendre des décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques.*

Belgacom soutient que l'adoption de tout texte législatif et/ou réglementaire ainsi que de tout acte mettant en œuvre les textes réglementaires en matière d'infrastructure de communications électroniques est, en l'absence d'un accord de coopération et en l'absence de coopération effective, susceptible de constituer une infraction à ces dispositions.

Belgacom considère que la question de l'accès au réseau de communications électroniques, fût-il catalogué de « réseau téléphonique public », ne peut pas être traitée comme relevant exclusivement du secteur des télécommunications s.s. dans la mesure où le raccordement à une même infrastructure (réseau cuivré ou câblé) permet aux utilisateurs finals d'accéder à toute la panoplie des services de communications électroniques, en ce compris la radiodiffusion et la télévision.

Pour Belgacom, une coopération préalable doit s'imposer automatiquement à l'occasion d'une analyse d'un quelconque marché, surtout lorsqu'on aborde la question de l'accès aux infrastructures.

Belgacom se fonde sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, et notamment un arrêt du 14 juillet 2004 (arrêt n° 132/2004), aux termes duquel il a été dit que *« les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération »*. La Cour a également précisé qu'*« en tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques, l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler cette matière, dès lors que les communautés peuvent, elles aussi, légiférer en l'espèce sur la base de leurs compétences en matière de radiodiffusion et de télévision »*.

La cour d'arbitrage a ainsi annulé (avec maintien en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005) l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut de l'IBPT *« en tant que sont attribuées à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications des compétences en matière d'infrastructure de transmission électronique, qui est commune à la radiodiffusion et à la télévision, ainsi qu'aux*

01 -06- 2007

*télécommunications* », ce qui a conduit le législateur à modifier cet article par sa loi du 20 juillet 2005.

Au moment de l'adoption de la décision litigieuse par l'IBPT, il n'existait aucun accord de coopération avec les autorités communautaires. S'agissant d'une décision concernant des réseaux de communications électroniques, Belgacom estime que l'IBPT ne pouvait pas légalement adopter la décision attaquée.

Il faut également préciser les compétences respectives tant des communautés que de l'IBPT pour apprécier les éventuelles répartitions communes de celles-ci.

A cet égard, la Cour d'arbitrage, en son arrêt précité du 14 juillet 2004, a eu soin de rappeler (considérant B.11.1) que lorsqu'on délimite les compétences respectives de l'Etat et des communautés en matière d'informations électroniques, il convient de garder à l'esprit que la radiodiffusion et la télévision ont été confiées aux communautés en tant que matière culturelle. Le législateur fédéral est compétent pour régler les autres aspects des services de la société de l'information, d'une part, sur la base de sa compétence résiduaire et, d'autre part, sur la base de la compétence qui lui est réservée, notamment en ce qui concerne l'économie, dont relèvent les règles générales relatives à la protection du consommateur, à la politique des prix, au droit de la concurrence, au droit commercial et aux conditions d'accès à la profession.

Dans le cas d'espèce, ce n'est point tant la compétence résiduaire qui est à examiner, mais bien plutôt celle de la compétence réservée.

- 0 1 -06- 2007
5. Pour dire si l'IBPT était ou non compétent pour prendre seul la décision attaquée, il convient donc de vérifier si elle concerne l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, et s'il existe un risque que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires (cf. considérant B.A de l'arrêt n° 163 du 8 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage).
  6. La décision attaquée analyse les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché 1) et pour la clientèle non résidentielle (marché 2).

Ainsi que le rappelle la décision (page 35), il existe trois types principaux d'accès au réseau téléphonique public :

- la ligne analogique qui offre une voie de communication avec une bande passante de 300-3400 Hz ; couplée à l'usage d'un modem, elle permet également l'échange de données jusqu'à 56 Kbp/s, ce qui permet l'accès en bande étroite à Internet ; elle permet également l'échange de télécopies ;
- les lignes ISDN-2 qui comportent deux canaux de communication à 64Kbp/s pour les trafics voix et données et un canal 16Kbit/s pour la signalisation, ainsi que les lignes ISDN-30 qui permettent de déployer un ensemble de services numériques sur un lien à 2Mbit/s ;
- l'accès *Voice over broadband (VOB)* qui utilise la connexion d'accès haut débit d'Internet de l'utilisateur ; ce type d'accès peut être fourni sur la paire de cuivre ou sur les réseaux câblés.

L'IBPT identifie ensuite Belgacom comme disposant d'une puissance significative de marché (SMP) sur le marché de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée et lui impose les remèdes suivants :

- accès et interconnexion pour la sélection et la présélection du transporteur ;
- accès à un service de revente de l'abonnement ;
- obligation de non discrimination ;
- obligation de transparence moyennant la publication d'une offre de référence pour la sélection et la présélection ainsi que pour la revente de l'abonnement ;
- séparation comptable ;
- contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts.

01 -06- 2007

7. La décision attaquée n'analyse pas les services (marchés 3 à 6) qui font l'objet d'une décision différente du 11 août 2006.

Il convient en effet de faire une distinction entre l'accès, seul en cause dans la décision, et les services. L'IBPT s'est contenté de réguler l'accès à un réseau téléphonique et les conditions de cet accès, sans intervenir sur les services que cet accès permettrait.

8. Rien dans la décision ne concerne l'infrastructure, constituée par les câbles de cuivre, le coaxial, les fibres optiques et les équipements de transmission de signaux électriques.

Par ailleurs, on n'aperçoit pas en quoi les remèdes de gros qui ont été imposés par l'IBPT auraient une répercussion sur les infrastructures.

Il est exact que les réseaux câblés permettent aux utilisateurs finals d'avoir accès à la fois à la téléphonie, à Internet et à la télévision. Mais, ainsi que cela vient d'être dit à l'alinéa précédent, la décision attaquée ne concerne pas l'infrastructure et, partant, l'infrastructure mise en place par les cablo-distributeurs pour lesquels les communautés sont compétentes.

9. Par ailleurs, l'IBPT a considéré que l'accès haut débit à Internet ne pouvait être intégré dans les marchés 1 et 2 (cf. page 54, dernier alinéa). Il s'en déduit que la décision attaquée ne concerne que l'accès au réseau téléphonique qui permettra de proposer des services ordinaires, à savoir la transmission de la voix et de données à bas débit et ne concerne pas les équipements DSL et ATM qui sont, notamment, utilisés pour la fourniture de services de radiodiffusion, services pour lesquels les communautés sont compétentes.

Il est donc indifférent qu'un utilisateur final puisse avoir accès à des services nécessitant un haut débit par le réseau cuivré ou le câble puisque, dans le cadre de la répartition des compétences entre les différents régulateurs, il convient uniquement de vérifier si la décision, qui est limitée au bas débit, est de nature à porter atteinte aux compétences des régulateurs communautaires en matière de radiodiffusion et de télévision.

Or, il n'est pas possible, techniquement, de prester des services de radiodiffusion et de télévision avec l'accès analogique à 56 Kbp/s ou l'accès numérique à 64 Kbp/s. Il résulte en effet des explications données par les parties lors des plaidoiries que ces services requièrent une transmission en continu.

En toute hypothèse, Belgacom ne démontre pas qu'il serait possible d'avoir accès à un service de télévision par le bas débit, ce que l'IBPT conteste. Quant à la radiodiffusion, il est certes exceptionnellement possible d'écouter la radio au moyen d'une connexion Internet à bas débit, mais dans ce cas on ne peut prétendre qu'il s'agit d'une transmission en temps réel d'un programme puisque les données sont stockées dans une mémoire tampon et ne sont lues que lorsqu'il y en a suffisamment, ce qui engendre un délai entre l'émission du signal et sa réception qui peut être plus ou moins long (technique du *streaming*).

Comme la transmission de programmes de radio et de télévision suppose nécessairement la fourniture de services de transmission de données et que la décision ne couvre pas ces services, elle ne pouvait empiéter les compétences des communautés et pouvait, par conséquent, être adoptée sans attendre la conclusion d'un accord de coopération.

01-06-2007

10. Dès lors que l'IBPT a décidé d'abandonner l'examen des marchés 11 et 12, il est sans intérêt d'examiner le projet de décision avant sa modification, notamment en ce qu'il a trait à ces marchés.

Il y a en effet lieu de s'en tenir uniquement à la décision attaquée.

Au demeurant, lorsque l'IBPT a abordé la perspective éventuelle d'une concertation entre les autorités de régulation fédérale et communautaires pour les marchés 11 et 12, il a utilisé le conditionnel ; il ne peut dès lors être déduit de cette considération aucune reconnaissance quelconque et notamment que les marchés 1 et 2 seraient intimement liés aux marchés 11 et 12 à tel point qu'il ne serait pas compétent pour analyser seul les marchés 1 et 2.

11. Belgacom reste très imprécise dans son argumentation et ne dit pas, in concreto, sur quels points une concertation devrait s'imposer avec les régulateurs communautaires afin d'éviter le risque de dispositions éventuellement contradictoires.

Même si l'IBPT a affirmé qu'il était possible qu'à moyen terme des opérateurs alternatifs puissent être susceptibles d'offrir aux consommateurs finals le *triple play* (téléphonie, Internet et télévision) grâce au remède de la revente de l'abonnement, il n'en demeure pas moins que la décision attaquée ne concerne pas le marché des services et encore moins la matière du dégroupage. En émettant une hypothèse sur les effets d'un remède qu'il proposait, l'IBPT n'a pas empiété sur les compétences des régulateurs communautaires en matière de télévision. Ce remède est étranger aux infrastructures et on n'aperçoit pas en quoi les régulateurs communautaires seraient également compétents pour imposer à Belgacom l'accès au réseau téléphonique par la sélection et la présélection ainsi que la revente de l'abonnement au réseau téléphonique.

A supposer que ce remède puisse avoir un impact sur les investissements que pourraient faire les opérateurs alternatifs – ce qui, à ce stade n'est pas encore démontré – il ne peut en être déduit qu'il concernerait directement les infrastructures.

12. Enfin, il ne peut être tiré aucun argument de l'acte de coopération négocié entre l'Etat fédéral et les communautés puisqu'il a été signé postérieurement à la décision attaquée et qu'il n'a toujours pas été ratifié par toutes les entités du Royaume. Pour le même motif, il est sans incidence que l'IBPT a décidé de suspendre le remède relatif à la revente de l'abonnement afin de permettre aux régulateurs communautaires de formuler leurs observations lorsque l'acte de coopération sera entré en vigueur, cette décision ayant été prise sans aucune reconnaissance.

01 -06- 2007

13. Les pièces supplémentaires que Belgacom souhaite déposer sont constituées par deux courriers émanant du Conseil supérieur de l'audiovisuel et du *Vlaamse regulator voor de media*, dans lesquelles ces autorités expriment leur opinion quant à la compétence de l'IBPT. Elles font suite à une lettre de l'IBPT par laquelle ce dernier, *faisant preuve de bonne volonté et en préparation de la ratification de l'accord de coopération avec les régulateurs communautaires* les informe de son projet de décision du 20 décembre 2006 concernant les aspects qualitatifs et quantitatifs de l'offre de référence déposée par Belgacom quant à la revente de l'abonnement.

Pour les mêmes motifs que ceux exposés plus haut, l'opinion de ces régulateurs sur l'étendue de leurs compétences respectives ne constitue pas un fait capital justifiant la réouverture des débats puisqu'ils n'étaient pas compétents pour adopter une décision similaire à celle attaquée.

La requête doit donc être rejetée.

14. Il se déduit de ce qui précède que l'IBPT n'a pas empiété sur les compétences des régulateurs communautaires et que le moyen n'est pas fondé.

**3.- Sur le moyen tiré du non respect des conditions requises pour l'imposition d'obligations ex ante de détail**

*a.- Sur la définition du marché pertinent*

15. Un régulateur ne peut imposer une régulation *ex ante* de détail que s'il a préalablement défini, conformément aux principes du droit de la concurrence, un marché pertinent de détail susceptible d'une régulation *ex ante*, principalement au regard des critères prévus dans la directive cadre (notamment aux articles 14 à 16) et dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003.

Belgacom reproche à l'IBPT d'avoir réduit artificiellement le marché pertinent en limitant l'utilisation d'un réseau téléphonique à la fourniture des seuls services traditionnels de téléphonie fixe. Selon Belgacom, dans la mesure où un seul et même accès de détail permet ensuite la fourniture de divers services de communications électroniques (notamment des services à large bande), il n'y avait pas lieu de restreindre la définition du marché pertinent à un accès limité au service téléphonique.

01-06-2007

Belgacom soutient que l'IBPT aurait dû intégrer l'accès haut débit à Internet dans ses définitions de marchés afin d'effectuer une analyse objective et correcte du marché concerné. L'IBPT aurait donc défini un marché qui ne lui permettait pas d'appréhender correctement la concurrence entre les opérateurs sur le plan de la fourniture des accès aux infrastructures de communications électroniques.

Belgacom estime encore que l'IBPT ne justifie pas à suffisance l'exclusion de l'accès à la téléphonie mobile de la définition des marchés pertinents alors qu'il existerait une pression concurrentielle indéniable sur la liberté tarifaire de Belgacom de la part des opérateurs mobiles à fixer le prix du raccordement fixe.

16. Aux termes du point 38 des lignes directrices de la Commission européenne 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, le principal critère de définition d'un marché pertinent consiste à prendre en considération les possibilités de substitution du côté de la demande et de l'offre.

L'IBPT a procédé à cette analyse de manière détaillée aux pages 42 à 62 de sa décision.

Il ne faut pas confondre l'accès au réseau téléphonique public sur lequel très peu d'opérateurs sont présents et l'utilisation des services téléphoniques fournis par des opérateurs de plus en plus nombreux. Ce n'est en effet pas parce qu'un accès à un réseau permet de recevoir des services que ces derniers font partie du marché de l'accès.

01 -06- 2007

Pour que des biens et des services fassent partie d'un même marché, il faut qu'ils soient suffisamment substituables par les consommateurs ou que d'autres fournisseurs puissent l'offrir, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, comme le relève la décision attaquée, l'objectif d'achat des deux types de prestations demeure distinct, un utilisateur pouvant fort bien souscrire un accès au réseau téléphonique sans nécessairement être utilisateur de services téléphoniques. Tel est par exemple le cas de celui qui souhaite uniquement être appelé : une augmentation du coût de l'accès ne risque pas d'entraîner de sa part une demande de pouvoir utiliser en remplacement de son accès des services téléphoniques. De même, eu égard à l'importance des investissements nécessaires dans le marché de l'accès, il n'est guère envisageable que des fournisseurs de services téléphoniques décident d'entrer sur le marché de l'accès en cas de modification sensible des prix.

17. Il ne peut être fait grief à l'IBPT de ne pas avoir inclus dans le même marché les accès à basse et à haute capacité.

Tel est d'ailleurs également l'avis du Conseil de la concurrence (cf. point 46).

Un consommateur peut fort bien ne souhaiter avoir accès qu'à l'Internet haut débit et pas au service téléphonique classique (qui consiste à avoir une conversation vocale) ou inversement. Ce n'est pas parce qu'un accès haut débit peut, le cas échéant, permettre également le transfert de messages vocaux, qu'il y a lieu de l'inclure dans le marché de l'accès à bas débit : en effet, le consommateur qui souscrit un abonnement haut débit est prioritairement intéressé par l'accès à Internet, l'accès au service téléphonique n'étant qu'un accessoire ; de même, ainsi que cela a déjà été précisé, un utilisateur du service téléphonique n'est pas nécessairement intéressé par Internet.

En outre, les caractéristiques des produits sont différentes. Ainsi, par exemple, dans le haut débit, la ligne téléphonique reste libre en cas de branchement sur Internet, ce qui n'est pas le cas dans le bas débit.

Pour les mêmes raisons, une substituabilité du point de l'offre ne peut être envisagée, dans la mesure, notamment, où les acteurs économiques sont essentiellement concentrés sur l'offre Internet.

18. Dès lors que la Commission européenne elle-même a, dans ses lignes directrices (cf. point 66), dit que, du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobile et les services de téléphonie fixe constituaient des marchés séparés, il ne peut être soutenu que l'IBPT, en s'y conformant, aurait commis une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination des marchés.

La cour se réfère à ce sujet aux nombreuses décisions de la Commission et des autorités nationales de régulation et de la concurrence, citées par les parties intervenantes dans leurs conclusions (pages 35 à 37), qui ont toutes abouti à la même conclusion de faible substituabilité entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile, et qu'elle fait siennes. Ces activités sont d'ailleurs exploitées, chez Belgacom, par deux entités juridiques différentes.

Il suffit de rappeler que les fonctionnalités, les caractéristiques et la qualité de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile sont différentes et que la motivation d'achat d'un accès au réseau mobile est avant tout liée à la mobilité et pas au prix. Par ailleurs, l'IBPT a constaté qu'alors que les prix des services mobiles par minute ont dans l'ensemble diminué et que le prix de l'abonnement au réseau

01 -06- 2007

fixe a augmenté de près de 6% entre 2000 et 2004, le nombre total de lignes fixes est resté globalement stable (cf. pages 50 et 51 de la décision), ce qui démontre, dans les faits, une absence de substituabilité effective.

Enfin, il est irréaliste de soutenir qu'un opérateur mobile puisse décider de construire un réseau d'accès similaire à celui d'un opérateur fixe pour pouvoir le concurrencer.

19. Il se déduit de ce qui précède que l'IBPT a correctement défini les marchés pertinents.

*b.- Sur l'analyse du marché*

20. Belgacom reproche à l'IBPT de s'être limité à l'analyse des conditions concurrentielles de fourniture de certains services d'accès de détail sans se soucier, notamment, des caractéristiques et des conditions de fourniture, actuelles et prospectives, des produits de gros (c'est-à-dire les infrastructures de réseau sous-jacentes) sur lesquels ces raccordements reposent techniquement. Elle estime que l'IBPT ne pouvait procéder à l'imposition formelle d'une régulation appropriée qu'après avoir procédé à une évaluation des conditions concurrentielles dans lesquelles sont fournis les éléments de réseau des infrastructures sous-jacentes, à savoir, notamment mais pas uniquement, les produits inclus dans les marchés 11, 12 et 13.

Belgacom estime également que l'IBPT aurait dû tenir compte de l'impact induit par la disponibilité pour la quasi-totalité des utilisateurs finals en Belgique du raccordement des câblo-opérateurs, à savoir l'accès fourni par ces opérateurs qui se livrent à une rude concurrence.

21. En analysant d'abord les marchés de détail de l'accès, avant les marchés de gros, l'IBPT n'a fait que suivre la recommandation de la Commission européenne (cf. considérant 7). Par ailleurs, aucun texte ne contraint les ARN à procéder à l'analyse simultanée d'un marché de détail et d'un marché de gros correspondant.

Au demeurant, si l'IBPT n'a pas poursuivi l'analyse conjointe des marchés 1 et 2, d'une part, et des marchés 11 et 12, d'autre part, c'est en raison de la controverse sur l'étendue de sa compétence, mise en avant par Belgacom elle-même ! En tout état de cause, chaque ARN dispose d'un pouvoir d'appréciation pour analyser les différents marchés dans l'ordre qui lui paraît le plus approprié.

01-06-2007

22. Dans son analyse, l'IBPT a bien tenu compte de l'offre des câblo-opérateurs.

Belgacom a été désignée comme opérateur puissant sur la base d'analyses de marché faites conformément aux lignes directrices de la Commission européenne.

L'IBPT est ainsi arrivé à la conclusion que Belgacom possédait une part de marché de l'ordre de 90% sur le marché résidentiel, nonobstant les offres des câblo-opérateurs. Quant au marché de l'accès numérique de base, Belgacom y est tout aussi dominant avec 97% de parts de marché. Ce n'est que dans le cadre du marché numérique pour la clientèle non-résidentielle que les parts de marché de Belgacom ont baissé de 95% en 2000 à 67% en 2005.

Eu égard à ces parts de marché, il ne peut être raisonnablement contesté que Belgacom est et demeure un opérateur puissant. Il suffit d'ailleurs de constater qu'après plus de sept ans de libéralisation du marché, l'opérateur historique conserve encore des parts de marché très élevées, proche du monopole (à tout le moins pour la téléphonie fixe résidentielle) ce qui démontre qu'une réelle concurrence ne s'est pas encore installée sur celui-ci.

Le fait que les câblo-opérateurs ne manquent pas de proposer des offres concurrentes à celles de Belgacom sur le marché de la téléphonie fixe résidentielle n'implique pas que Belgacom ne soit pas un opérateur puissant.

En outre, pour arriver à cette conclusion, l'IBPT a analysé d'autres facteurs affectant la concurrence sur le marché de l'accès au réseau téléphonique fixe, comme les dépenses à fonds perdus et les économies d'échelle qui constituent de fortes barrières à l'entrée sur le marché, ainsi que l'étendue du réseau, la structure financière de Belgacom et l'absence de contre pouvoir réel d'acheteur des utilisateurs finals.

En ce qu'il vise sa désignation comme opérateur puissant, le recours n'est pas fondé.

c.- Sur l'absence d'analyse des produits et services de gros

23. Belgacom soutient qu'il ressort de l'interprétation des articles 17 § 1 b de la Directive « service universel » et 64 § 1 de la loi du 13 juin 2005 que l'analyse des produits de gros doit précéder celle des services de détail qui leurs sont verticalement liés. Il en résulterait qu'il convenait, dans un premier temps, d'imposer des remèdes sur

01-06-2007

les marchés de gros et, si ces derniers se révélaient insuffisants, de proposer éventuellement des remèdes sur les marchés de détail, lesquels sont subsidiaires.

La décision ne pouvait donc, selon Belgacom, imposer des remèdes sur le marché de détail sans avoir auparavant conclu à l'insuffisance des remèdes de gros, ce qui suppose une analyse préalable des marchés de gros.

Belgacom conteste en outre l'incapacité des remèdes de gros à pallier les problèmes de marché constatés par l'IBPT, au motif que l'IBPT s'abstiendrait d'évaluer l'effet induit par les remèdes qui auraient pu être imposés au niveau des infrastructures sous-jacentes afin d'éviter que les défaillances de marché ne se répercutent en aval, au niveau des conditions de fourniture des raccordements.

24. Aucun texte (en droit européen ou en droit national) n'impose aux ARN de procéder à une analyse simultanée des marchés de détail et des marchés de gros correspondants.

L'IBPT a suivi la méthodologie proposée au considérant 7 de la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 qui suggère de caractériser et de définir les marchés de détail et ensuite de procéder au recensement des marchés de gros pertinents.

Certes, dans un premier temps, l'IBPT a décidé de procéder à l'analyse globale des marchés 1, 2, 11 et 12. Il a abandonné cette méthode suite à la controverse relative à sa propre compétence et aux observations formulées par le Conseil de la concurrence. Il ne peut cependant être tiré aucune conséquence de cet état de fait. L'IBPT explique – et il ne peut être critiqué sur ce point – que c'est pour éviter de perdre du temps dans l'exécution de ses obligations d'analyse des marchés qu'il a pris sa décision dans les marchés 1 et 2, sans attendre l'analyse des marchés 11 et 12.

25. Par ailleurs, il ne résulte d'aucune disposition qu'une ARN ne puisse pas imposer un remède au niveau du gros pour réguler un marché de détail.

Dans sa communication du 6 février 2006 sur les analyses de marché réalisées par les différentes ARN, la Commission européenne a, au contraire, constaté que des remèdes effectifs au niveau du marché de gros contribuent au développement d'une concurrence durable sur les marchés avals de détail (appels permettant ainsi la suppression de la réglementation de détail (point 5.1)).

01-06-2007

Il s'en déduit que c'est à bon droit que l'IBPT a privilégié des remèdes de gros.

Le fait pour une ARN d'imposer un remède de gros n'implique pas pour elle l'obligation d'analyser le marché de gros correspondant. L'article 17 §1 de la directive « service universel » dit en effet que les ARN peuvent imposer des obligations aux opérateurs puissants lorsqu'elles concluent que les obligations imposées au titre de la directive « accès » ne **permettraient** pas de réaliser les objectifs fixés à l'article 8 de la directive « cadre » (c'est la cour qui souligne).

L'usage du conditionnel démontre qu'il ne faut pas d'abord constater l'inefficacité d'un remède de gros – et partant procéder à l'analyse du marché de gros correspondant – pour imposer un remède de détail. S'agissant d'un régime *ex ante*, les remèdes ne reposent pas sur des constats établis mais bien sur des projections et des risques d'abus futurs.

26. Enfin, l'IBPT n'a pas manqué d'expliquer pourquoi les remèdes de gros lui paraissaient insuffisants (pages 134 et suivantes) et les raisons pour lesquelles il fallait imposer certains remèdes de détail additionnels, notamment en raison de :

- l'incertitude, dans le chef de Belgacom, quant à une pratique de prix d'éviction, de prix prédateurs ou de prix ciseaux;
- l'existence d'un risque de voir apparaître des offres similaires à celle de *Discovery Line* ou encore de subventions croisées;
- l'insuffisance du remède de la revente de l'abonnement.

De plus, la Commission européenne, alors qu'elle possède un droit de veto, n'a formulé aucune observation sur la méthodologie utilisée par l'IBPT.

En outre, il résulte des lignes directrices (considérants 115 et 119) que des obligations prévues dans l'ancien cadre réglementaire peuvent être maintenues. Il s'en déduit que l'IBPT pouvait se fonder sur l'efficacité – ou l'inefficacité éventuelle – des obligations anciennes pour apprécier si de nouveaux remèdes s'imposaient. Soutenir le contraire reviendrait à priver l'IBPT de tout pouvoir réel sur le marché de détail puisque, dans la thèse soulevée par Belgacom, l'Institut devrait attendre l'effet des remèdes de gros avant d'imposer des remèdes de détail, laissant ainsi, dans l'attente, un opérateur puissant libre de se comporter unilatéralement dans un marché non concurrentiel, ce qui ne peut être admis.

Le moyen n'est pas fondé.

01-06-2007

d.- Sur le caractère approprié des obligations ex ante

27. Dans le cadre du développement de ce moyen, en sa première branche, Belgacom reprend l'argument selon lequel l'IBPT ne pouvait imposer des remèdes de gros (relations entre fournisseurs) sur le marché de détail (relation entre un fournisseur et un utilisateur final) car une telle pratique serait contraire aux articles 17 de la Directive « service universel » et 64 § 1 de la loi du 13 juin 2005. En outre, l'IBPT aurait dû préalablement analyser le marché de gros. Selon Belgacom, il se déduirait de l'article 8 § 2 de la directive « accès » que seules les obligations *ex ante* décrites aux articles 9 à 13 de cette directive (c'est-à-dire les remèdes de gros) peuvent être imposées à une entreprise considérée comme dominante sur un marché pertinent de gros de l'accès ou de l'interconnexion. Les autres obligations ne pourraient être imposées que dans des cas exceptionnels et moyennant l'accord de la Commission (article 8 § 3 de la directive accès).

Par ailleurs, en la seconde branche de ce moyen, Belgacom reproche à la décision de ne pas avoir identifié les objectifs que l'IBPT entend poursuivre par le biais des obligations imposées, de sorte qu'il n'est pas possible d'apprécier le caractère approprié ou non des remèdes. Ainsi, l'IBPT n'aurait notamment pas examiné les coûts que représentait l'imposition de nouvelles obligations. En outre, l'IBPT n'aurait pas déterminé de manière précise les contours et le contenu des obligations qu'il décidait d'imposer.

28. Dans le cadre de la section précédente (points 21 à 24) la cour a déjà répondu à la première branche du moyen.

01 -06- 2007

Il suffit par ailleurs de rappeler que, aux termes du considérant 108 des Lignes directrices, des remèdes peuvent s'appliquer tant aux marchés de gros qu'aux marchés de détail et que ce n'est **qu'en principe** (la cour souligne) que les obligations relatives aux marchés de gros sont définies aux articles 9 à 13 de la directive « accès » et celles relatives aux marchés de détail aux articles 17 à 19 de la directive « service universel », ce qui n'exclut dès lors pas une dérogation ou une exception.

Par ailleurs, il ne peut être fait grief à l'IBPT de ne pas avoir respecté le principe de proportionnalité des remèdes qu'il a imposés puisqu'il a, notamment, décidé de retirer l'obligation d'orientation sur les coûts qui pesait sur Belgacom dans l'ancien cadre réglementaire. Par ailleurs, pour vérifier l'interdiction de pratiquer des prix d'éviction, l'IBPT annonce qu'il effectuera une vérification de la possibilité pour les concurrents de Belgacom de dupliquer les offres de détail de cette dernière, ce qui ne l'empêchait pas

d'imposer l'interdiction de tels prix. Comme rappelé précédemment, l'IBPT n'est pas tenu d'attendre l'effet des remèdes de gros pour imposer un remède de détail.

29. Quant à la seconde branche du moyen, l'IBPT a clairement défini les objectifs qu'il poursuivait, à savoir le développement de la concurrence et l'intérêt du consommateur.

Si l'IBPT n'a pas procédé à une analyse des coûts/bénéfices de certains remèdes, comme celui concernant la sélection et la présélection (cf. infra), c'est parce que, sur ce point, Belgacom était soumise à une obligation d'orientation sur les coûts, ce qui rendait cette analyse inutile. Il ne peut donc lui en être fait grief. L'IBPT précise, par ailleurs, que sans cette obligation Belgacom peut être incitée à ralentir le processus de fourniture d'offres de départ d'appel empêchant ainsi les opérateurs alternatifs de la concurrencer de manière équitable.

Quant à la revente de l'abonnement, l'IBPT ajoute que, sans ce remède, la concurrence sur le marché de détail de l'accès téléphonique resterait très limité, ce qui permettrait à Belgacom d'avoir un levier pour créer ou accroître sa puissance sur d'autres marchés horizontaux.

Il ne peut donc être soutenu que l'IBPT n'aurait pas identifié ses objectifs ni procédé à l'examen du caractère approprié des remèdes, lesquels relèvent, par ailleurs, de son pouvoir discrétionnaire, la Commission européenne n'ayant, en cette matière, aucun droit de veto.

Les obligations imposées à Belgacom sont claires et précises. Belgacom est donc en mesure de les mettre en œuvre. Il est vrai que, pour certaines d'entre elles, l'IBPT a annoncé qu'il poursuivait ses consultations (comme par exemple pour la revente de l'abonnement) ; le seul fait que le remède n'a été défini que dans ses principes n'invalide en rien la décision, Belgacom conservant tous ses droits d'introduire ultérieurement d'autres recours contre les décisions relatives à l'exécution de ces remèdes.

Les observations du Conseil de la concurrence sur la méthodologie utilisée par l'IBPT, à propos de certains remèdes, seront examinées plus loin.

e.- Sur l'avis du Conseil de la concurrence

30. Dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence

01-06-2007

a formulé certaines observations générales portant sur la méthodologie utilisée par l'IBPT pour déterminer les marchés pertinents et la puissance des opérateurs sur ces marchés. Il a notamment suggéré que l'IBPT adopte une démarche qui analyse successivement le marché sans réglementation et avec réglementation. Il a également estimé que l'analyse de la substituabilité entre l'accès sur les réseaux fixe et mobile méritait d'être approfondie.

Quant aux remèdes, le Conseil de la concurrence formulait la même critique et reprochait à l'IBPT de ne pas avoir utilisé une méthodologie systématique, basée sur une application orthodoxe de l'évaluation de ces remèdes.

En conclusion, le Conseil de la concurrence a souhaité que l'IBPT précise les motifs du caractère approprié, proportionné et justifié de chaque obligation proposée. A défaut, il estime que l'obligation ne peut être imposée à l'opérateur puissant. Pour lui, la question de savoir si l'un ou l'autre de ces remèdes de détail doit être imposé est prématurée et il se réserve d'émettre son avis « contraignant » après avoir reçu un nouveau projet de décision de l'IBPT.

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a également émis des observations à propos des marchés 11 et 12 qui sont sans pertinence en l'espèce puisque la décision ne concerne plus ces marchés.

Le 25 mars 2006, dans un document de 20 pages, l'IBPT a répondu au Conseil de la concurrence et a ensuite soumis sa décision définitive à la Commission européenne, contenant, sur certains points, une adaptation pour répondre à l'avis du Conseil de la concurrence (cf. page 33 de la décision attaquée).

01-06-2007

31. Belgacom soutient que la décision attaquée est entachée d'illégalité, considérant que l'avis du Conseil de la concurrence est négatif et qu'il appartenait dès lors à l'IBPT de solliciter un nouvel avis avant de prendre sa décision.
32. Aux termes de l'article 55 §5 de la loi du 13 juin 2005, le Conseil de la concurrence ne peut émettre un avis contraignant sur les décisions de l'IBPT qu'en ce qui concerne la conformité aux objectifs visés par le droit de la concurrence des décisions imposant :
  - sur le marché de l'accès, des obligations en matière de contrôle des prix (article 62, §1<sup>er</sup> de la même loi) ;
  - sur le marché de détail, des obligations visant à interdire 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

certaines utilisateurs finals et de grouper des services de manière injustifiée (article 64 §1<sup>er</sup>).

La loi ne prévoit aucune compétence d'avis contraignant du Conseil de la concurrence en ce qui concerne la délimitation des marchés et l'imposition d'une méthodologie « orthodoxe » pour apprécier le caractère approprié, proportionnel et justifié des mesures adoptées par l'IBPT.

Il convient en outre de constater que le Conseil de la concurrence ne s'est pas prononcé sur la question de la conformité des remèdes par rapport aux objectifs du droit de la concurrence.

Dès lors que la motivation des remèdes échappe à la compétence d'avis contraignant du Conseil de la concurrence, ce dernier ne pouvait imposer à l'IBPT de lui soumettre une nouvelle décision conforme à ses exigences. En émettant son avis, le Conseil de la concurrence a épuisé sa saisine.

Il s'en déduit que l'avis du Conseil de la concurrence, tel qu'il a été formulé et eu égard à sa compétence limitée, n'a qu'une valeur non contraignante. L'IBPT pouvait donc légalement prendre la décision attaquée de la manière dont il l'a prise.

Enfin, il convient de rappeler que la Commission européenne a estimé que la décision de l'IBPT n'appelait aucune observation particulière. Or, en exécution du point 4.3 de la Communication de la Commission du 6 février 2006, il lui appartient d'examiner si les obligations imposées aux ARN sont appropriées. Ce *nihil obstat* renforce donc la cohérence de la décision de l'IBPT.

#### **4.- Sur la sélection et la présélection**

01-06-2007

##### **a.- Sur l'obligation de démontrer l'insuffisance des obligations de sélection et de présélection du transporteur à réaliser les objectifs poursuivis**

33. Belgacom soutient que les articles 19 §1 de la directive « service universel » et 63 de la loi du 13 juin 2005 requièrent de l'IBPT qu'il définisse, conformément aux principes du cadre réglementaire en vigueur, un marché pertinent de services qui combine la totalité des services inclus dans les marchés 1 à 6.

Belgacom reproche à l'IBPT de ne pas avoir évalué les effets des obligations sur le marché de « la fourniture d'accès aux réseaux téléphoniques en position déterminée et d'utilisation de ceux-ci »,

comme prescrit par l'article 64 §1 al. 1 de la loi du 13 juin 2005. Pour Belgacom, ce marché est plus large que ceux qui sont envisagés dans la décision litigieuse.

En ne procédant pas à une analyse combinée des marchés 1 à 6, l'IBPT était dans l'incapacité d'évaluer le caractère approprié, justifié et proportionné des obligations *ex ante*.

En outre, l'obligation de sélection et de présélection est, selon Belgacom, un remède de gros qui ne pouvait être imposé sur un marché de détail.

34. Il a déjà été répondu plus haut à la dernière branche du moyen relative à la possibilité d'imposer un remède de gros sur un marché de détail.

Même si les marchés 1 à 6 constituent les différents marchés de l'accès, il n'est pas requis de procéder à l'analyse de tous ces marchés par une seule et même décision. Les deux premiers concernent l'accès au réseau proprement dit et les quatre derniers les services téléphoniques. Par ailleurs, l'IBPT, par diverses décisions, a reconnu Belgacom comme opérateur puissant sur les autres marchés de sorte que les conditions des articles 19§1 de la directive « service universel » et 63 de la loi du 13 juin 2005 sont remplies.

Quant à l'obligation de sélection et présélection, elle est imposée dès le moment où un opérateur est désigné puissant, et ce de manière automatique en vertu de l'article 63 al. 1 de la loi du 13 juin 2005. L'imposition du remède de la sélection et de la présélection est en outre nécessaire afin de permettre aux opérateurs de fournir des services sur le marché sans disposer d'un réseau. Un tel remède s'inscrit donc bien dans les objectifs de promotion de la concurrence.

01-06-2007

b. – Sur le moyen tiré de l'illégalité des prestations d'accès et d'interconnexion pour la sélection et la présélection

35. Belgacom persiste à soutenir qu'une ARN ne peut imposer un remède de gros sans avoir préalablement analysé le marché correspondant.

Il a déjà été répondu plus haut à ce moyen.

### 5.- Sur l'obligation de revente de l'abonnement

36. Belgacom estime que cette obligation est une obligation de gros qui ne peut dès lors pas être imposée sur un marché de détail. Elle persiste à soutenir qu'elle ne pourrait être imposée que sur un marché pertinent de gros, défini conformément aux articles 54 à 56 de la loi du 13 juin 2005, sur lequel Belgacom serait considérée comme dominante. A défaut, il y a violation des articles 16 de la directive « cadre », 8 §§2 et 3 de la directive « accès » et 17 de la directive « service universel ».

En outre, selon Belgacom, l'IBPT ne démontrerait pas le caractère insuffisant des obligations qui pourraient être imposées sur les produits de gros d'infrastructure d'accès, verticalement liés aux services de raccordement à un réseau de communications électroniques, c'est-à-dire, notamment, les marchés 11 et 12. Or ces marchés n'ont pas été analysés par l'IBPT. Belgacom considère que l'IBPT aurait dû clairement identifier la nature du risque concurrentiel lié à l'abonnement du raccordement téléphonique. A défaut, l'IBPT ne pourrait prétendre que l'obligation imposée est appropriée à la nature du problème, proportionnelle et justifiée au regard des objectifs établis par les articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005. L'IBPT n'a ainsi pas évalué les avantages et inconvénients (« *costs and benefits* ») liés à l'imposition de la mesure litigieuse. Dès lors que l'IBPT a prévu de réévaluer la situation dans les 18 mois, Belgacom soutient que l'Institut était donc dans l'incapacité d'évaluer l'impact de la mesure au jour de la décision. Ce manque de précision empêche de vérifier si l'obligation répond au cadre légal et est contraire au principe général de prudence, et crée ainsi une insécurité juridique.

Belgacom critique les justifications retenues par l'IBPT pour imposer ce remède de la revente de l'abonnement. Selon elle:

- il est faux de dire qu'il n'est pas possible de dupliquer le réseau de Belgacom ; en effet, il existe déjà un réseau alternatif, à savoir le réseau câblé ;
- la saturation de la présélection dont fait état l'IBPT se situe sur d'autres marchés que ceux analysés par la décision ; en outre, le remède n'est pas approprié puisque l'IBPT a lui-même admis, dans sa réplique à un autre avis du Conseil de la concurrence, qu'il n'y aura pas d'effet immédiat à la revente de l'abonnement.
- il est disproportionné d'imposer la revente de l'abonnement sur l'ensemble du territoire national ; tout au plus devrait-elle être imposée sur les parties du territoire sur lesquelles le dégroupage n'est pas disponible techniquement et/ou économiquement.

01 -06- 2007

- l'IBPT admet que la revente de l'abonnement n'est pas nécessaire pour tous les abonnés qui peuvent se voir offrir une offre d'accès alternative (de leur câblodistributeur, d'un autre fournisseur qui a déployé son réseau d'accès local à cet endroit, d'un fournisseur d'une connexion Internet à haut-débit ou encore d'un opérateur mobile), ce qui, selon elle, serait le cas pour un foyer sur deux ;
- il n'est pas démontré que le fait pour un opérateur alternatif de ne pouvoir envoyer une facture unique constituerait une barrière pour la clientèle souhaitant changer d'opérateur pour un service donné.
- son offre *Discovery Line*, mise en exergue par l'IBPT, ne concerne que le marché 1 alors que la revente de l'abonnement est imposée sur les marchés 1 et 2 indistinctement ; cette offre peut en outre être combinée avec les services haut débit d'un autre opérateur ; enfin, cette offre demeure très minoritaire parmi la clientèle de Belgacom.
- elle est soumise à des pressions concurrentielles de plusieurs types qui l'empêchent, en pratique, d'augmenter ses prix de détail à un niveau supra-concurrentiel, et certainement à un niveau qui lui permettrait de dégager des marges importantes qu'elle pourrait à sa guise affecter ailleurs pour créer des effets de levier.

En ce qui concerne le contenu de l'obligation de revente de l'abonnement, outre son caractère imprécis, Belgacom relève que le régime de contrôle tarifaire qui est prévu équivaut à un mécanisme déguisé d'approbation préalable des tarifs par l'IBPT si on tient compte également des autres obligations tarifaires imposées par la décision. Un tel régime est contraire à l'article 64§2 al 2 de la loi du 13 juin 2005. De plus, la décision semble imposer à Belgacom de prendre en charge les frais liés à la revente, ce qui constitue une obligation nullement justifiée ou justifiable car ces coûts sont étrangers au service d'accès de détail fourni par Belgacom à ses abonnés.

01-06-2007

37. Il a déjà été répondu à la première branche du moyen selon lequel l'IBPT ne pouvait imposer des remèdes de gros sur un marché de détail. De même, il a déjà été dit qu'il n'existait aucune obligation d'analyser préalablement le marché de gros correspondant.
38. La revente de l'abonnement, qui consiste à permettre à un opérateur alternatif de proposer à ses clients une facture unique et des services associés qui ne se limitent plus au simple transfert de la voix par la sélection ou la présélection, est un remède nouveau qui n'avait pas été imposé à Belgacom dans l'ancien cadre réglementaire.

Il s'applique au service téléphonique classique et ne concerne donc pas l'accès au haut débit. Il répond aux besoins d'une très grande partie de la population qui souhaite uniquement pouvoir disposer d'une simple ligne fixe et faire le choix d'un autre opérateur que Belgacom pour ses communications.

L'IBPT a pris cette décision après avoir constaté que, depuis l'ouverture du marché, et nonobstant la présence des câblo-opérateurs, Belgacom conservait encore 90% de parts de marché et que le plus gros opérateur alternatif, Telenet, n'avait que 9% de parts de marché sur le marché 1 et 5% sur le marché 2, ce qui démontre qu'une réelle concurrence ne s'était pas encore installée sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique et qu'une mesure additionnelle s'imposait.

En effet, alors que les opérations de sélection et de présélection avaient connu une croissance de 232% en 2001, 56% en 2002, 43% en 2003 et 31% en 2004, elles ont enregistré une diminution de 6% en 2005, ce qui est un signe que ce remède n'était plus à même, à lui-seul, d'encourager le consommateur à choisir des offres alternatives.

Il ne peut en effet être sérieusement contesté que le fait pour un consommateur de recevoir une facture de Belgacom, d'une part, pour l'accès à la ligne et une autre de l'opérateur alternatif, d'autre part, pour les services, constitue une entrave sinon un frein au développement des opérateurs alternatifs. Le consommateur préférera, à l'évidence, recevoir une seule facture groupant l'abonnement et les consommations, ne fût-ce que pour effectuer qu'un seul paiement, comme en témoigne la pétition de plus de 100.000 utilisateurs de Tele2. Par ailleurs, en ayant la possibilité d'envoyer une seule facture, l'opérateur alternatif aura la possibilité de nouer une relation commerciale plus forte avec le client, moduler ses tarifs, proposer des offres innovantes sous la forme de « paquets », combinant, notamment, abonnement et communications et ainsi augmenter ses parts de marché sur les autres marchés.

Afin de ne pas rompre l'égalité des utilisateurs finals, le remède devait en outre être imposé sur tout le territoire national et pas uniquement là où il n'y aurait pas d'opérateurs qui n'auraient pas investi dans le dégroupage de la boucle locale.

39. Certes, la concurrence au niveau des infrastructures est la plus apte à promouvoir la concurrence à long terme.

L'IBPT a cependant constaté qu'il était matériellement impossible pour un nouvel entrant de dupliquer le réseau téléphonique de l'opérateur historique. Quant aux câblo-opérateurs – dont il est tout

01-06-2007

aussi impossible de dupliquer le réseau - ils ont, au fil du temps, dû adapter leur réseau de télédistribution de manière à proposer un accès téléphonique, mais leur offre est plus centrée sur l'accès au haut-débit qu'au service téléphonique classique. Tous n'offrent pas le service « voix ». Par ailleurs, les offres de ces câblo-opérateurs sont limitées géographiquement et tous les utilisateurs finals n'y ont pas accès. Ainsi que cela a été rappelé au point précédent, la présence des câblo-opérateurs n'a toutefois pas empêché Belgacom de conserver plus de 90% de parts de marché. En outre, sur le plan de la concurrence, il n'est pas adéquat que l'offre soit limitée à deux opérateurs ; il importe en effet d'augmenter les choix offerts aux consommateurs.

Il convenait donc qu'un remède de gros soit proposé au niveau des services et, contrairement à ce que soutient Belgacom, l'obligation de revente de l'abonnement a été décidée par l'IBPT sur la base de deux études approfondies.

L'IBPT n'a jamais soutenu que la revente de l'abonnement constituait une fin en soi. En imposant ce remède, l'IBPT a voulu permettre aux opérateurs alternatifs d'augmenter leur masse de clientèle afin de pouvoir consentir des investissements importants dans le dégroupage ou le BROBA et, partant, d'être un jour présents au niveau des infrastructures, pour faire basculer la clientèle de base vers des offres haut-débit *double play* ou *triple play*. Il est donc sans incidence que les effets du remède ne soient pas immédiatement perceptibles au motif qu'il est vraisemblable que les premiers consommateurs intéressés seront ceux qui utilisent la faculté de sélection et de présélection. Une étape intermédiaire s'imposait donc.

Le fait que la revente de l'abonnement puisse avoir des effets indirects sur le développement du dégroupage n'implique évidemment pas qu'il s'agit d'un remède ayant trait au dégroupage et que, partant, l'IBPT était tenue d'effectuer, préalablement, une analyse du marché correspondant, à savoir le marché II.

01-06-2007

40. Ce n'est pas parce que l'IBPT a décidé d'une période d'observation de 18 mois qu'il n'aurait pas analysé le risque concurrentiel si le remède n'avait pas été imposé et que, partant, il ne serait pas approprié.

Ainsi que cela a été rappelé au point précédent, l'IBPT a pris sa décision sur la base de deux études approfondies dans lesquelles les menaces concurrentielles et les opportunités ont été abordées, lesquelles sont synthétisées à la page 116 de la décision.

Entre autres, l'IBPT a mis en exergue le fait qu'en l'absence du remède, Belgacom pourrait utiliser son contrôle de l'abonnement comme levier pour créer ou accroître sa puissance sur d'autres marchés, prenant l'exemple de son offre *Discovery Line* qui permet de vendre des abonnements à des prix réduits, augmentant ainsi ses chances d'attirer vers elle des clients intéressés par le haut-débit.

Une décision cadre est parfaitement valable. Les modalités peuvent être fixées dans un second temps. S'agissant d'une mesure *ex ante*, il est évidemment impossible pour l'IBPT de démontrer mathématiquement que le remède favorisera la concurrence sur le marché de l'accès au réseau. Il suffit qu'il démontre que le remède répondra raisonnablement aux attentes, ce qui a été fait. L'IBPT a ainsi procédé à une approche prospective.

Il convient en outre de constater que Belgacom a formulé depuis lors une offre de référence, ce qui démontre que la décision est suffisamment claire et précise quant à ce.

Par ailleurs, Belgacom pourra faire valoir ses droits à l'encontre des décisions subséquentes, notamment en ce qui concerne la tarification de la revente de l'abonnement qui devra tenir compte de la possibilité de répliquer à ses offres. Les griefs qu'elle formule actuellement sur ce point sont donc prématurés, e.a. celui relatif à un mécanisme déguisé d'approbation préalable des tarifs de détail de Belgacom ; au demeurant, il convient de constater que lorsque la décision aborde à la page 131 l'obligation de principe de soumettre ses tarifs, il s'agit bien évidemment des tarifs de gros et pas de détail.

41. La revente de l'abonnement est enfin largement recommandée par le Groupe européen des régulateurs et par la Commission européenne, et a été imposée dans de nombreux pays de l'Union européenne où elle a été mise en œuvre sans difficulté majeure pour les opérateurs historiques.

42. Il se déduit des justifications qui précèdent que le remède est approprié à la résolution du problème constaté, qu'il est proportionné et qu'il est justifié au regard de l'article 8 de la directive « cadre » qui prévoit que les ARN promeuvent la concurrence et soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne. Il est donc sans intérêt d'examiner les autres griefs de Belgacom sur ce point, lesquels ne sont pas susceptibles d'entraîner une annulation de la décision attaquée.

01-06-2007

## 6.- Sur les obligations de transparence

### a.- Sur l'obligation de publier une offre de référence

43. Belgacom soutient que l'obligation de publier une offre de référence en matière de sélection et de présélection et de revente de l'abonnement n'est pas justifiée par rapport au problème constaté et à l'objectif poursuivi, lesquels ne sont d'ailleurs pas identifiés avec précision dans la décision attaquée. En outre, la décision n'est pas proportionnée par rapport au problème constaté et à l'objectif poursuivi.
44. L'obligation de publier une offre de référence trouve son fondement dans les articles 9 de la directive « accès » et 59 de la loi du 13 juin 2005.

En ce qui concerne la sélection et la présélection, Belgacom était déjà tenue de publier une offre de référence. Ainsi que cela a été rappelé plus haut, l'IBPT a constaté que ce remède n'avait pas été suffisant pour instaurer une réelle concurrence sur le marché de l'accès au réseau téléphonique. Il a maintenu le remède et, logiquement, l'obligation accessoire de publier une offre de référence qui doit permettre aux opérateurs alternatifs de conclure en toute transparence des contrats d'accès et d'interconnexion avec Belgacom, leur garantissant qu'ils pourront acheter seulement les prestations dont ils ont besoin.

Dès lors qu'il n'est pas établi que les conditions du marché sont devenues différentes de celles qui prévalaient dans l'ancien cadre réglementaire, il n'est pas critiquable, en soi, pour l'IBPT d'avoir maintenu l'obligation de publier une offre de référence.

Quant à la revente de l'abonnement, il s'agit d'un remède nouveau. Il était donc indispensable d'imposer également une offre de référence pour remédier au déséquilibre existant entre le pouvoir de négociation du nouvel arrivant et celui de l'opérateur historique, permettant ainsi l'établissement de conditions de marché transparentes et non discriminatoires. Il est en outre indispensable pour les nouveaux entrants de connaître avec précision quelles seront les conditions qui leur seront demandées afin de pouvoir disposer des services qui leur seront offerts.

Il n'est par ailleurs pas démontré que l'établissement de ces offres de référence engendrerait pour Belgacom des coûts disproportionnés.

Le moyen n'est pas fondé.

01 -06- 2007

b.- Sur le contenu imposé de l'offre de référence

45. Belgacom fait grief à l'IBPT de ne pas avoir justifié le contenu et le détail de l'offre de référence dont il imposait la publication au regard de l'objectif poursuivi par ce remède.
46. Le contenu de l'offre de référence, tel que repris à la page 121 de la décision attaquée, s'inspire de la liste minimale des éléments qui doivent figurer dans l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale (cf. annexe II de la directive « accès »).

Il n'était donc pas requis que chaque point fasse l'objet d'une analyse détaillée ou d'une justification précise. Au demeurant, le contenu imposé par l'IBPT n'est pas déraisonnable et constitue le minimum de ce qui est nécessaire pour conclure une convention (détail de l'offre, modalités techniques de l'accès, procédure de commande, conditions d'accès aux systèmes d'assistance, délais de réponse, garantie de qualité et prix).

Le moyen n'est pas fondé.

c.- Sur le processus d'approbation et de modification de l'offre de référence

47. Belgacom reproche à ce processus :

- son caractère annuel : il s'agit d'une atteinte au pouvoir du régulateur de modifier l'offre à tout moment, ce qui est contraire au cadre réglementaire ;
- l'obligation de motivation : aucune disposition légale ne permet en effet à l'IBPT d'imposer pareille obligation ;
- l'approbation préalable par l'IBPT : cette approbation est certes prévue par l'article 59§5 de la loi du 13 juin 2005 mais pas par le cadre communautaire et est ainsi contraire à l'article 9.2 de la directive « accès » qui habilite l'autorité nationale à imposer des modifications aux offres de référence. Il faut donc écarter cette obligation d'approbation ;
- la possibilité pour un bénéficiaire de proposer des modifications de l'offre : cette possibilité n'est prévue par aucune disposition nationale ou communautaire. Elle méconnaît l'objectif poursuivi par la réglementation, à savoir l'instauration d'une concurrence durable et la priorité consacrée à la négociation des contrats directement par les

01 -06- 2007

opérateurs (article 3 de la directive « accès » et 3 et 6 de la loi du 13 juin 2005).

48. L'article 9.2 de la directive « accès » dispose que l'autorité réglementaire nationale est habilitée, entre autres, à imposer des modifications aux offres de référence, afin de donner effet aux obligations imposées au titre de cette directive. L'article 59 de la loi du 13 juin 2005 ne prévoit aucune période de validité de cette offre de référence ni aucun calendrier précis pour son approbation.

Il s'en déduit que l'IBPT peut imposer, en tout temps, des modifications à l'offre de référence si les circonstances l'exigent. Par ailleurs, en termes de plaidoiries, l'IBPT a reconnu lui-même que Belgacom était recevable à solliciter auprès de lui des modifications de cette offre à son profit.

Dès lors, l'obligation de publier chaque année une nouvelle offre de référence, valable pour un an, ne repose sur aucun fondement légal. En tout état de cause, elle est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. En revanche, comme l'accepte expressément Belgacom, cette offre de référence devra être tenue à jour en permanence, soit à son initiative soit sur injonction de l'IBPT.

49. Il se déduit de ce qui précède que l'obligation imposée à Belgacom de motiver les modifications apportées à la nouvelle offre annuelle de référence par rapport à la précédente est devenue sans objet.

Par contre, si Belgacom devait, dans le cadre de la mise à jour, solliciter des modifications à son profit de l'offre de référence en vigueur, il lui appartiendra de motiver celle-ci. En effet, pour satisfaire aux obligations de transparence et de non-discrimination, il appartient à Belgacom d'expliquer pourquoi une modification à l'offre de référence s'impose.

01-06-2007

50. L'article 9.2 de la directive « accès » donne la compétence aux ARN *d'imposer de publier une offre de référence et d'imposer des modifications* à celles-ci. Le paragraphe 3 laisse le soin aux ARN de préciser les informations à fournir, le niveau de détail requis et le mode de publication.

L'article 59 § 5 de la loi du 13 juin 2005 dispose quant à lui que toute offre de référence est, préalablement à sa publication, approuvée par l'IBPT.

La directive ajoute que l'offre de référence doit être suffisamment détaillée pour garantir que les entreprises ne sont pas tenues de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service

demandé et qu'elle doit comprendre une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des modalités et conditions correspondantes, y compris les prix.

Il ne se déduit pas de la directive que le législateur national ne pourrait pas imposer une approbation préalable de l'offre de référence avant sa publication. Celle-ci répond à un besoin de sécurité juridique et conforte le pouvoir de contrôle et d'injonction de l'IBPT.

Par ailleurs, il n'est pas incompatible de prévoir, d'une part, qu'une offre de référence doit être approuvée par l'ARN et, d'autre part, que celle-ci puisse, en tout temps, imposer des modifications. Le fait d'approuver une offre à une époque déterminée n'implique pas son immutabilité, étant entendu qu'il appartiendra à l'IBPT de motiver à chaque fois les modifications qu'il entend imposer.

Il n'y a donc pas lieu d'écarter l'article 59 § 5 de loi du 13 juin 2005.

51. En revanche, aucune disposition communautaire ou nationale ne prévoit l'intervention directe des bénéficiaires de l'offre de référence dans les relations entre l'opérateur puissant et l'ARN.

Le pouvoir de l'IBPT n'est qu'un pouvoir de contrôle et d'injonction, mais pas de substitution. L'IBPT peut imposer à Belgacom de modifier son offre de référence mais n'a pas compétence pour s'immiscer dans les rapports contractuels entre parties. Si Belgacom ne respecte pas les injonctions de l'IBPT, ce dernier peut, après une mise en demeure, lui infliger une amende, en exécution de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges. Il s'en déduit qu'une décision de l'IBPT sur une offre de référence ne modifie pas celle-ci, et partant le contrat qui est conclu entre les opérateurs sur la base de celle-ci.

Il ne peut donc être admis que les bénéficiaires puissent compléter et corriger l'offre de référence et que de telles modifications soient considérées comme apportées par Belgacom elle-même.

Certes, les bénéficiaires peuvent suggérer des modifications, à l'occasion de la consultation du marché, mais l'IBPT doit rester seul compétent en la matière.

Le recours est fondé sur ce point.

01-06-2007

d.- Sur l'obligation de communication des accords d'accès et d'interconnexion

52. Belgacom soutient que la directive « accès » ne prévoit pas d'obligation de communiquer tout accord d'accès ou d'interconnexion conclu entre Belgacom et un opérateur. En permettant l'intervention de l'IBPT dans les contrats, notamment en ordonnant la modification de tout accord, le législateur a violé l'article 3.1 de la directive « accès » qui interdit les restrictions à la négociation entre les entreprises.

53. L'IBPT s'est fondé sur l'article 53 de la loi du 13 juin 2005 pour imposer à Belgacom de lui communiquer, dans les 10 jours de leur signature, tous ses contrats d'accès et d'interconnexion avec les opérateurs alternatifs.

Cette obligation s'inscrit dans le cadre de l'obligation de non-discrimination qui pèse sur Belgacom et du pouvoir de contrôle des ARN qui doivent disposer de tous les renseignements utiles pour pouvoir l'exercer.

Le fait pour une ARN d'être en possession de tous les accords d'accès et d'interconnexion ne constitue pas une entrave à la libre négociation entre les différents opérateurs.

L'article 53 de la loi du 13 juin 2005 n'est donc pas contraire à la directive « accès ».

54. Dans la décision attaquée, l'IBPT s'est réservé le droit, conformément à l'article 57 de la loi du 13 juin 2005, d'imposer la modification des accords d'accès déjà conclus.

S'il est exact qu'une décision de l'IBPT ne peut avoir pour effet de modifier un contrat conclu entre deux opérateurs, rien n'empêche l'IBPT, dans le cadre de son pouvoir général de contrôle du respect de la loi du 13 juin 2005, de constater qu'une convention conclue par Belgacom viole le cadre réglementaire ou que les obligations visées aux articles 58 à 65 de la loi qu'il aurait imposées à Belgacom n'ont pas été respectées et de la mettre ensuite en demeure de remédier à ces infractions, conformément à l'article 21 de la loi « statut » du 17 janvier 2003. Un de ces remèdes peut consister dans l'obligation pour Belgacom de modifier un contrat préalablement conclu.

Interprété comme tel, l'article 57 de la loi du 13 juin 2005, ne constitue pas une restriction à la liberté des entreprises de négocier des accords, d'autant plus que l'article 3.1 de la directive « accès »

01-06-2007

dispose que lesdits accords doivent être conformes à la législation communautaire, ce que l'IBPT a le devoir de contrôler.

Moyennant cette précision, le recours n'est pas fondé sur ce point.

e.- Sur l'obligation de publier les modifications techniques mises à la disposition des opérateurs alternatifs

55. La décision prévoit que *toute information et spécification que Belgacom met à la disposition des opérateurs en vue de permettre la conclusion ou la modification d'un accord contient également, le cas échéant, les modifications qu'il prévoit d'y apporter dans les douze mois suivants.*

Belgacom considère que cette obligation n'est prévue par aucune disposition, de sorte que l'IBPT excède manifestement ses pouvoirs en l'imposant.

En outre, il s'agit d'une atteinte à la liberté commerciale de Belgacom, consacrée par l'article 3 de la loi du 13 juin 2005, et aux objectifs du cadre réglementaire énoncés à l'article 8 de la directive « cadre » et aux articles 6 et 8 de la loi du 13 juin 2005.

56. Dans la mesure où, comme l'IBPT le précise (cf. page 83 de ses conclusions, dernier alinéa) cette disposition ne concerne que les modifications certaines, c'est-à-dire celles qui ont déjà été analysées, justifiées et arrêtées par Belgacom, rien n'empêche qu'elles soient communiquées aux opérateurs alternatifs dans un souci de transparence.

Sans être contredit sur ce point, l'IBPT précise en outre qu'une telle obligation figure déjà dans l'offre BRIO de Belgacom.

Dès lors qu'il y a lieu de favoriser la négociation entre les entreprises, il convient que celles-ci soient le plus rapidement possible en possession de toutes les informations utiles.

Comme Belgacom est soumise à une obligation de transparence, on n'aperçoit pas en quoi l'obligation de publier les modifications techniques en les mettant à la disposition des opérateurs alternatifs porterait atteinte à la liberté du commerce, empêcherait la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques, ne promouvrait pas la concurrence ou ne serait pas dans l'intérêt des utilisateurs.

La décision sur ce point n'est donc pas critiquable.

01 -06- 2007

f. Sur l'obligation de publier des indicateurs sur la qualité des services

57. L'article 59 §1<sup>er</sup> de la loi du 13 juin 2005 dispose que l'IBPT peut définir les obligations de transparence concernant l'accès, en vertu desquelles les opérateurs doivent rendre publiques certaines informations définies par lui.

Sur la base de cette disposition légale, l'IBPT a décidé d'imposer à Belgacom la publication d'indicateurs sur la qualité de service (*kpi* ou *key performance indicators*, dont l'imposition est discutée dans les sections 5.2.4.5. et 5.25.4 du document « *Revised Remedies in the ECNS regulatory framework* »).

Pour Belgacom, il ne s'agit pas d'une obligation qui permet par elle-même de favoriser la concurrence ou le respect des autres objectifs de l'article 8 de la directive « cadre » et des articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005. Ce n'est donc pas une obligation qui peut être imposée *ex ante*.

Enfin, Belgacom critique la motivation succincte de cette obligation, qui ne permet pas d'en apprécier le caractère proportionnel.

58. L'IBPT ne donne aucune justification des raisons pour lesquelles il estime nécessaire d'imposer à Belgacom de publier des indicateurs de performance.

Certes, il est toujours possible pour un opérateur puissant de ne pas respecter son obligation de non-discrimination en offrant des services de qualité moindre, mettant ainsi les opérateurs alternatifs en difficulté vis-à-vis de leur propre clientèle, mais encore faut-il, en l'espèce, justifier pourquoi, outre une obligation générale d'offrir des services de qualité, il y a lieu, pour cet opérateur, de mettre au point une procédure publique de contrôle de la qualité.

Par ailleurs, la décision est particulièrement laconique sur ce point puisqu'elle ne donne aucun détail sur ce qu'il y a lieu de publier, les modalités, la périodicité et les destinataires de cette publication. L'IBPT ne s'est par ailleurs pas penché sur la proportionnalité de cette mesure qui risque d'engendrer des coûts importants pour Belgacom.

La décision n'est donc pas valablement motivée sur ce point.

01 -06- 2007

## 7.- Sur les obligations de non-discrimination

59. L'IBPT a décidé que *Belgacom devra appliquer à l'ensemble des opérateurs tiers, demandant le départ d'appel pour la sélection et la présélection ou la revente de l'abonnement, des conditions analogues à celles qu'il se fournit à lui-même. Les conditions tarifaires et techniques doivent respecter ce principe. Le jour de la commercialisation d'une offre de détail Belgacom devra adapter ses offres de référence de manière à ce qu'elles permettent la duplication par ses concurrents de sa nouvelle offre de détail.*

Belgacom soutient que la motivation avancée par l'IBPT est insuffisante et n'est en outre pas conforme au cadre réglementaire. En effet, l'IBPT semble vouloir empêcher Belgacom de se fonder sur un degré d'efficacité plus élevé en l'obligeant à s'aligner sur le degré d'efficacité le moins élevé. Belgacom est ainsi pénalisée par rapport aux opérateurs qui ne doivent pas se fonder sur un service de gros de Belgacom pour offrir des accès à un réseau téléphonique sur le marché.

60. Le principe de non-discrimination était déjà imposé à Belgacom dans l'ancien cadre réglementaire en ce qui concerne la sélection et la présélection.

Ainsi que cela a été rappelé plus haut, il n'est pas fait état d'une modification de la situation concurrentielle sur ce marché depuis la libéralisation de ce dernier. Au contraire, Belgacom a pu maintenir plus de 90% de parts de marché. Il est donc indispensable que le remède soit maintenu.

C'est à bon droit que l'IBPT l'a étendu à la revente de l'abonnement. Il est en effet essentiel que l'opérateur puissant sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique propose à l'ensemble des opérateurs alternatifs les mêmes prestations qu'il s'impose à lui-même. Il ne s'agit pas en l'espèce de s'aligner sur un degré d'efficacité moins élevé.

Le remède est fondé sur les articles 7 et 58 de la loi du 13 juin 2005 et sur l'article 10.2 de la directive « accès ».

La décision est donc régulièrement et adéquatement motivée.

01-06-2007

**8.- Sur l'obligation d'examiner les demandes d'accès ne figurant pas dans l'offre de référence**

61. En ce qui concerne la sélection et la présélection, la décision impose à Belgacom *d'examiner les demandes raisonnables d'accès et d'interconnexion ayant un lien avec les services de départ d'appel, même si les services de départ d'appel demandés ne figurent pas dans l'offre de référence* (cf. page 103). Une obligation similaire est imposée pour la revente de l'abonnement (cf. page 109).

Belgacom admet que l'article 59 §5 al 2 de la loi du 13 juin 2005 prévoit la possibilité théorique d'imposer cette obligation mais soutient que l'IBPT n'en justifie pas le caractère approprié et proportionné en l'espèce. La seule référence à l'ancien cadre réglementaire ne peut suffire.

62. L'IBPT expose qu'il s'agit d'une obligation générale qui, le cas échéant, sera *implémentée* en fonction des circonstances. Elle le sera, notamment, lorsque l'IBPT aura précisé tous les éléments du remède de la revente de l'abonnement.

Ainsi que cela a été dit plus haut, une obligation cadre peut être imposée.

Par ailleurs, l'IBPT l'a justifiée au motif qu'elle vise à *permettre aux opérateurs tiers soit de reproduire de nouvelles offres commerciales ou technologiques introduites par Belgacom soit pour introduire eux-mêmes de nouvelles offres commerciales ou technologiques et à permettre l'innovation commerciale et technologique des opérateurs tiers qui peuvent construire des produits basés sur des services de revente qui ne figurent pas forcément dans l'offre de référence*. L'IBPT ajoute que la demande sera accordée sauf si elle crée des difficultés techniques disproportionnées pour Belgacom et, plus particulièrement en ce qui concerne la revente de l'abonnement que l'accès au service sera accordé si la prestation est nécessaire pour permettre à l'opérateur tiers de proposer sur une base concurrentielle l'ensemble des services de détail fournis par l'opérateur puissant.

Il est donc inexact de soutenir que la décision sur ce point ne serait pas justifiée.

01-06-2007

**9.- Sur l'obligation de négocier rapidement et de conclure des accords dans les quatre mois**

63. Cette obligation est imposée tant pour la sélection et la présélection que pour la revente de l'abonnement (cf. pages 104 et 111).

Belgacom considère qu'il s'agit d'une obligation à caractère absolu et donc manifestement disproportionnée et non justifiée. Ce type d'obligation de résultat s'oppose par ailleurs au régime de la négociation commerciale prévu dans la directive « accès ».

64. Cette obligation existait déjà dans l'ancien cadre réglementaire. Elle se fonde à l'heure actuelle sur l'article 61 §1<sup>er</sup>, alinéa 2, 2° de la loi du 13 juin 2005 qui dispose que les opérateurs peuvent se voir imposer de négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent l'accès. Par ailleurs, le dernier alinéa du §1<sup>er</sup> dispose que l'IBPT peut fixer les conditions et les modalités en matière d'équité, de raisonnable et de délai en vue de l'exécution des obligations imposées en application de cet article.

L'obligation est donc légalement fondée.

Elle répond au souci de voir aboutir rapidement des négociations et d'éviter que l'opérateur historique ne freine le processus de celles-ci. Il y a lieu en effet de rappeler que l'écoulement du temps joue en faveur de cet opérateur puisque l'opérateur alternatif ne peut offrir aucun service tant qu'il n'a pas accès au réseau.

Le délai de 4 mois est donc de nature à accélérer la conclusion d'un accord et s'inscrit dans le cadre des règles suggérées par le considérant 6 de la directive « accès ».

01 -06- 2007

**10.- Sur l'interdiction de retirer ou d'interrompre une prestation d'accès et/ou d'interconnexion sans l'autorisation préalable de l'IBPT**

65. Se fondant sur l'article 61 § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 de la loi du 13 juin 2005, l'IBPT a enjoint à Belgacom de ne pas interrompre une prestation d'accès et/ou d'interconnexion pour le départ d'appel sans l'autorisation de l'IBPT ou d'un tribunal lorsque cela cause un préjudice à l'opérateur qui a souscrit ce service.

Belgacom reproche à cette obligation son caractère absolu. Elle exclut toute possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution, par dérogation au droit commun.

Belgacom fait également grief à la décision de ne pas préciser dans quels cas et sur la base de quels critères, l'IBPT accorderait l'autorisation requise. L'IBPT aurait donc un pouvoir exorbitant créant une insécurité manifeste sans que cela ne soit justifié. Elle soutient en conclusion que cette obligation est disproportionnée.

66. Outre que l'obligation est légalement justifiée, il ne peut être valablement contesté qu'une interruption des services peut entraîner pour l'opérateur alternatif des conséquences gravissimes allant jusqu'à l'élimination de cet opérateur.

Il n'est dès lors pas déraisonnable que Belgacom ne puisse invoquer unilatéralement une exception d'inexécution, laquelle n'est d'ailleurs pas d'ordre public.

Par ailleurs, il convient de prendre avant tout en considération les intérêts des utilisateurs finals qui ont fait confiance à l'opérateur alternatif et qui risquent d'être privés de toute communication téléphonique pendant la durée de la procédure opposant Belgacom à leur opérateur.

Les intérêts de Belgacom sont en outre pris en compte puisqu'elle peut s'adresser à un tribunal par la voie des procédures d'urgence ou d'extrême urgence.

#### **11.- Sur l'obligation de séparation comptable**

67. Se fondant sur l'article 60 de la loi du 13 juin 2005, l'IBPT a imposé à Belgacom une obligation de séparation comptable (cf. page 124), s'appuyant par ailleurs sur une recommandation du Groupement des régulateurs européens (GRE).

Belgacom devra séparer sur le plan comptable les services d'accès et d'interconnexion pour le départ d'appel sur le réseau téléphonique public fixe des services de détail correspondants. Il en est de même pour le service de revente de l'abonnement. Belgacom devra en outre publier des informations en matière de comptabilisation des coûts et de situation comptable.

Belgacom soutient que l'IBPT reste en défaut de préciser les conditions détaillées de mise en œuvre de cette obligation et la portée précise qu'il convient de lui donner. Elle estime dès lors que l'IBPT était dans l'impossibilité d'en évaluer la conformité avec les principes et les dispositions du cadre réglementaire, de sorte qu'il ne peut être démontré que les caractéristiques et le contenu de ce

01 -06- 2007

remède sont fondés sur la nature du problème identifié, proportionnels et justifiés à la lumière des objectifs établis aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005.

68. L'obligation de séparation comptable était déjà imposée dans l'ancien cadre réglementaire. Belgacom tient une comptabilité séparée depuis plusieurs années et ne peut donc se plaindre de l'imprécision du remède.

Ce n'est pas parce que l'arrêté royal prévu à l'article 60 de la loi du 13 juin 2005, devant spécifier le modèle et la méthodologie comptables à utiliser, n'est toujours pas adopté, que l'IBPT ne peut, d'ores et déjà, réitérer l'obligation de séparation comptable.

Il s'agit en l'espèce d'une décision cadre qui sera précisée ultérieurement. Il a déjà été dit plus haut qu'un tel type de décision était valable. Dans l'intervalle, l'arrêté royal du 4 octobre 1999 relatif à certains principes comptables applicables aux organismes puissants sur le marché des télécommunications portant exécution de l'article 109 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, reste applicable.

La séparation comptable est une mesure essentielle afin de permettre à l'IBPT de contrôler le respect de l'obligation de non-discrimination entre les services fournis de façon interne et ceux fournis à l'extérieur. La Commission européenne a d'ailleurs rappelé que ce remède contribuera à renforcer la transparence et la conviction des concurrents qu'il n'existe pas de subvention croisée anticoncurrentielle (cf. Recommandation de la Commission européenne du 8 avril 1998, point 7).

Le remède n'a fait l'objet d'aucune observation de la part de la Commission européenne.

C'est donc en parfaite conformité avec le cadre réglementaire que l'IBPT a pris cette décision.

## **12.- Sur l'obligation de contrôle des prix**

69. Se fondant sur les articles 62 et 63 de la loi du 13 juin 2005, l'IBPT a imposé à Belgacom, en ce qui concerne la sélection et la présélection, une orientation des tarifs vers les coûts. Belgacom devra soumettre ses tarifs à une approbation préalable de l'IBPT et lui communiquer préalablement tous les éléments lui permettant de contrôler le respect des obligations tarifaires (cf. page 127).

01 -06- 2007

Quant à la revente de l'abonnement, l'IBPT a imposé pour les tarifs le modèle *retail minus* (cf. page 129).

Belgacom soutient que ces obligations n'ont pas trait au marché de détail mais principalement au marché 8. Elle considère que l'IBPT a fait une application erronée de l'article 63 de la loi du 13 juin 2005 en exigeant que ses tarifs fassent l'objet d'une approbation préalable.

70. Il a déjà été dit qu'un remède de gros pouvait être imposé sur un marché de détail.

L'imposition de l'orientation vers les coûts pour les services de sélection et de présélection trouve son fondement dans la loi.

S'agissant de remèdes de gros, c'est à tort que Belgacom soutient que l'approbation des tarifs serait contraire à l'article 64§ 2 de la loi puisque cette disposition ne concerne que les tarifs du marché de détail.

### **13.- Sur les remèdes de détail**

71. Se fondant sur l'article 64 § 1<sup>er</sup> de la loi du 13 juin 2005, l'IBPT a considéré que les remèdes de gros étaient insuffisants pour assurer une concurrence effective et a décidé d'interdire à Belgacom :

- 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.

Belgacom reproche aux différents remèdes de détail imposés de ne pas avoir une portée suffisamment précisée. Il lui serait donc impossible de vérifier si les conditions pour imposer des remèdes de détail ont été remplies ou encore si les remèdes de gros étaient effectivement insuffisants.

Belgacom critique aussi l'absence de définition de la notion de tarif d'éviction, notion qui est pourtant considérée comme le risque principal justifiant l'imposition de remèdes de détail.

Belgacom soutient ainsi que l'imposition de ces différentes interdictions n'est pas justifiée et pas motivée de manière suffisante.

01-06-2007

Belgacom estime également qu'en imposant des interdictions en des termes génériques et imprécis, l'IBPT se réserve en réalité le droit et toute latitude pour définir les mesures *ex ante* via leur application *ex post*, en violation de cadre réglementaire, et commet dès lors un excès de pouvoir.

72. Les remèdes qui sont imposés sont ceux qui sont prévus à l'article 64 §1<sup>er</sup> de la loi du 13 juin 2005. L'IBPT s'est borné à les reproduire tels quels. Aucune autre précision supplémentaire n'était donc requise.

Certes, dans le cas où l'IBPT constaterait que Belgacom ne respecterait pas l'une ou l'autre de ces interdictions, il lui appartiendra de préciser en quoi Belgacom ne s'est pas conformé à la décision et, dès lors, de motiver sa mise en demeure contre laquelle Belgacom pourra évidemment se pourvoir devant la cour. Dans la mesure où les tarifs que pratiquera Belgacom ne sont pas encore connus, tout débat à ce sujet est actuellement prématuré.

Aux pages 132 à 135 de sa décision, et plus particulièrement à la page 134, l'IBPT explique pourquoi, selon lui, les remèdes de gros sont incapables de remédier aux problèmes constatés. Une fois de plus, il y a lieu de rappeler que, s'agissant de mesures *ex ante*, l'IBPT ne doit pas démontrer in concreto qu'il existe des pratiques avérées d'éviction mais uniquement qu'il y a un risque de l'existence de telles pratiques.

Enfin, il convient de constater que lesdites obligations sont moins sévères que l'obligation d'orientation sur les coûts qui avait été imposée dans l'ancien cadre réglementaire et qui a été abandonnée par l'IBPT. La situation de Belgacom s'en trouve en conséquence améliorée.

La décision est donc conforme à l'article 17 de la directive « service universel ».

01-06-2007

#### **14.- Sur l'obligation de communiquer les tarifs de détail**

73. A titre de mesures d'accompagnement des remèdes dont il est question au point précédent, l'IBPT a enjoint à Belgacom de :

- lui notifier dans les 30 jours à l'avance toute nouvelle offre de détail de service d'accès au réseau téléphonique public ou toute modification de pareille offre ;
- lui notifier chaque variation de tarif des services d'accès au réseau, 30 jours avant leur entrée en vigueur ;

- lui notifier les promotions et les tarifs spéciaux de services d'accès au réseau ;
- notifier les offres de réduction pour les offres groupées intégrant des services d'accès au réseau ;
- communiquer sur sa demande ses offres sur mesure en matière de services d'accès au réseau ;
- communiquer sur sa demande des plans d'affaires suffisamment détaillés ;
- sur sa demande, établir la preuve que ses offres sont conformes aux obligations citées ci-dessus ;
- cesser toute offre non conforme à ces obligations.

L'IBPT ajoute qu'il analysera les éventuels effets de ciseaux tarifaires et prix d'éviction, sur la base d'une méthodologie et au moyen d'un outil informatique transparent qu'il compte mettre en œuvre après consultation du secteur.

Belgacom soutient qu'il s'agit en l'espèce d'un gel temporaire de ses tarifs avant de pouvoir les lancer sur le marché et donc comme une restriction de la concurrence. En outre, ce régime enfreint selon elle l'article 64 de la loi du 13 juin 2005 puisqu'il introduit un contrôle préalable sur les tarifs de Belgacom. Elle ajoute que la décision ne précise pas en quoi un tel régime serait adéquat, nécessaire et proportionné. Elle en déduit qu'elle n'est pas légalement motivée sur ce point.

74. Les mesures arrêtées par l'IBPT ne consistent pas à approuver les tarifs de Belgacom, mais bien à les contrôler, ce qui entre dans ses compétences, aux termes de l'article 64 §2 de la loi du 13 juin 2005.

Comme le souligne l'IBPT, les mesures contestées ont pour objectif de l'informer en temps utiles des initiatives commerciales prises par Belgacom, ce qui est de nature à lui permettre d'analyser correctement les offres tarifaires. En l'absence de telles mesures, l'IBPT ne serait pas en mesure de rendre effectives, suffisamment tôt, les obligations imposées à Belgacom comme l'interdiction d'utiliser des tarifs d'éviction ou, autre exemple, de vérifier le différentiel de prix que présente l'offre de référence de la revente de l'abonnement par rapport au tarif de détail correspondant.

Quant au délai de 30 jours, la Commission européenne n'y a vu aucune entrave à la concurrence et notamment à la possibilité pour Belgacom de développer des offres concurrentes, à la condition que la méthodologie que compte adopter l'IBPT lui soit notifiée conformément à l'article 7 de la directive « cadre ». Il y a lieu en outre de prendre acte que l'IBPT admet que Belgacom aura toute liberté pour développer ou modifier des offres de détail sans devoir

01-06-2007

attendre son autorisation préalable et qu'il ne prendra aucune décision visant à interdire une offre commerciale dans un délai de 30 jours précédant le lancement de l'offre en question (cf. conclusions de l'IBPT, page 85, point 10).

Dans ces conditions, la décision ne peut être critiquée.

#### **V.- DISPOSITIF**

**Pour ces motifs, la cour,**

- 1. Dit la requête en réouverture des débats non fondée.**
- 2. Dit le recours fondé dans la mesure ci-après :**

**Annule la décision attaquée en ce qu'elle :**

- impose à Belgacom de fournir chaque année un projet d'offre de référence et de motiver les modifications apportées à l'offre de l'année précédente (cf. page 122) ;**
- prévoit que les bénéficiaires de l'offre de référence puissent compléter et corriger celle-ci et que dans ce cas les modifications en question sont considérées comme apportées par Belgacom (cf. page 122) ;**
- impose la publication d'indicateurs sur la qualité des services (cf. page 123) ;**

**Pour le surplus, déboute Belgacom de son recours.**

**01 -06- 2007**

- 3. Met les  $\frac{3}{4}$  des dépens d'appel à charge de Belgacom et le  $\frac{1}{4}$  restant à charge de l'IBPT.  
Ces dépens s'élèvent à 186 + 485,88 € pour elle, à 485,88 € pour l'IBPT et à 485,88 € pour Tele2 et Versatel.**

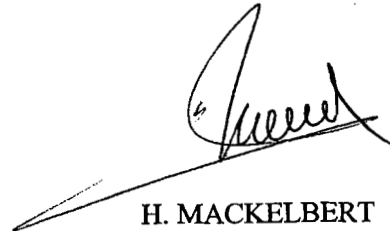
Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **01 -06- 2007**

où étaient présents :

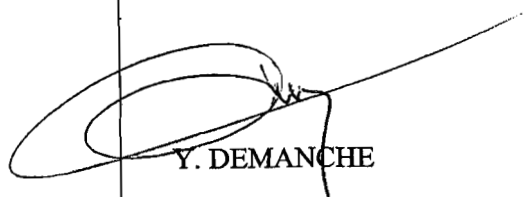
Henry MACKELBERT, Conseiller ff. Président,  
Els HERREGODTS, Conseiller,  
Yves DEMANCHE, Conseiller  
Patricia DELGUSTE, Greffier.



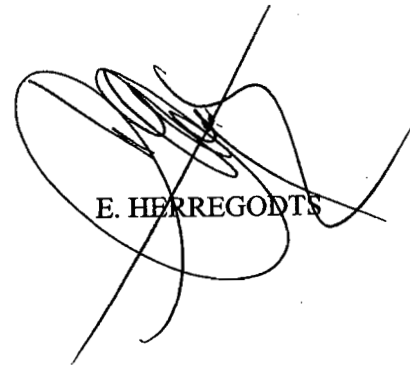
P. DELGUSTE



H. MACKELBERT



Y. DEMANCHE



E. HERREGODTS

01 -06- 2007