

numéro de répertoire <b>2017 / 4832</b>
07/06/2017
numéro de rôle <b>2013/AR/2233</b>

**expédition**

délivrée à	délivrée à	délivrée à
le	le	le
€	€	€
BUR	BUR	BUR

ne pas présenter à l'inspecteur

# Cour d'appel Bruxelles

## Arrêt

Section Cour des marchés

19<sup>ème</sup> chambre A

présenté le
ne pas enregistrer

1. **BELGACOM S.A.**, 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, partie appelante,

représentée par Maître VAN LIEDEKERKE Dirk, Maître LAES, avocats à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 326 b26

contre

1. **L'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (« I.B.P.T. »)**, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35 Ellipse Building, - Bâtiment C, partie adverse,

représentée par Maître DEPRE Sebastien, Maître VERNET Philippe, avocats à 1050 BRUXELLES, Place Eugène Flagey 7

----

Autres parties:

1. **MINISTRE COMPETENT POUR LES TELECOMMUNICATIONS**, ayant son cabinet à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Art 7, qui ne comparaît pas, ni personne en son nom,

2. **VERIZON BELGIUM LUXEMBOURG S.A.**, dont le siège social est établi à 1831 DIEGEM, avenue Culligan 2E,

3. **BT LIMITED**, dont le siège social est établi à Newgate Street 81, LONDRES EC1A7AJ Royaume Uni,

4. **ORANGE BUSINESS BELGIUM S.A.**, dont le siège social est établi à 1040 BRUXELLES, avenue du Bourget,

parties intervenantes,

représentées par Maître DE CORDIER Tom, avocat à 1150 BRUXELLES, avenue de Tervueren 268 A

-----

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la requête introductive d'instance déposée par la s.a. de droit public Proximus (anciennement et encore à l'époque dénommée Belgacom ; ci-après Proximus), le 14 octobre 2013, en annulation de la décision du conseil de l'IBPT du 8 août 2013 « relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007): ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07)) » ;
- la requête en intervention volontaire de la s.a. Verizon Belgium Luxembourg (ci-après « Verizon »), la société de droit anglais BT Limited (ci-après « BT ») et la s.a. Orange Business Belgium (ci-après « Orange »), déposée le 15 janvier 2014 ;
- les conclusions additionnelles et de synthèse déposées le 27 mai 2014 pour Proximus ;
- les conclusions de synthèse déposées le 20 juin 2014 pour les parties intervenantes ;
- les conclusions additionnelles et de synthèse déposées le 30 juin 2014 pour l'IBPT ;
- le dossier administratif et le dossier de pièces déposés par l'IBPT<sup>1</sup>.

Entendu les conseils de Proximus, des parties intervenantes et de l'IBPT à l'audience publique du 19 avril 2017 à laquelle le Ministre compétent pour les télécommunications bien que dûment convoqué, n'était ni présent ni représenté.

## I. RECEVABILITE

1.

Le recours de Proximus contre la décision du conseil de l'IBPT du 8 août 2013 « relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007): ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07)) (ci-après la « Décision » ou la « Décision entreprise ») est

---

<sup>1</sup> Sous forme de clé USB.

fondé sur l'article 2 § 1 de la Loi du 17 janvier 2003 « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » (ci-après « Loi IBPT-recours »).

Le recours a été formé par requête déposée au greffe le 14 octobre 2013, endéans le délai légal de 60 jours à partir de la notification de la Décision qui a été faite à Proximus le 14 août 2013.

Ce recours est recevable, ce qui n'est pas contesté.

2.

Les parties intervenantes ont fait intervention volontaire par requête déposée au greffe le 15 janvier 2014.

Cette intervention volontaire, qui vise à soutenir la position de l'IBPT (cfr *infra*) est également recevable, ce qui n'est pas contesté.

## II. LE CONTEXTE FACTUEL ET LA DECISION ENTREPRISE

### Les services et marché concernés

3.

La Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 de la Commission européenne concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation 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 communication électroniques (« Recommandation 2007 ») identifie le marché 6 comme marché pertinent susceptible d'être soumis à une réglementation sectorielle *ex ante*. Il s'agit de la « fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée ». Ce marché était répertorié comme marché « 13. » dans la Recommandation antérieure de 2003 de la Commission européenne<sup>2</sup>.

4.

---

<sup>2</sup> Recommandation de la Commission du 11 février 2003, concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* 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, *J.O.U.E.*, n° L 114 du 8 mai 2003, p. 45. Ci-après la « Recommandation de 2003 ».

L'article 2, 30°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (« LCE ») définit une ligne louée comme un « *service de communications électroniques consistant en la fourniture d'un système de communications offrant une capacité de transmission transparente entre les points de terminaison de réseaux, à l'exclusion de la commutation sur demande* ».

Comme l'indique l'IBPT, « les lignes louées sont des liaisons permanentes reliant deux sites distincts d'une entreprise, offrant une capacité de transmission réservée pour les seuls besoins de cette entreprise et lui permettant de transmettre entre ces deux sites, de façon transparente, tout type de données, y compris de la voix »<sup>3</sup> ; cette définition n'est pas remise en cause par Proximus ou les parties intervenantes.

Il s'agit d'un service « clé en main » qui offre à un utilisateur une capacité de transmission d'un certain débit et d'une certaine qualité, entre deux extrémités, deux points d'un réseau.

Ce service peut être offert sur le marché du détail, aux utilisateurs. Il peut aussi – c'est ce dont il est question ici - être fourni sur le marché de gros, à un autre opérateur de communications électroniques, qui l'utilisera pour compléter ses propres ressources pour servir son client final.

5.

Une ligne louée se compose en général de plusieurs segments physiques, en particulier les segments sur le circuit interurbain (aussi appelé « *express ring* ») et les segments terminaux – dont il sera question ici - , qui peuvent comprendre eux-mêmes une ou deux sections locales jusqu'au site de l'utilisateur final à connecter.

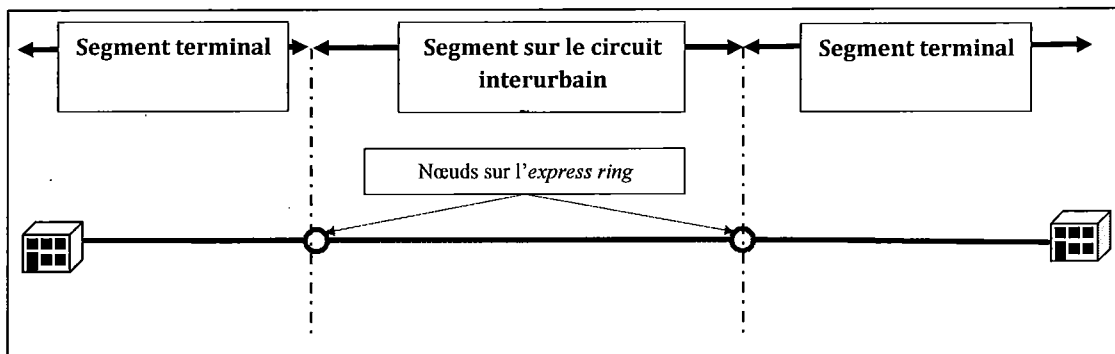
Les circuits interurbains relient, en fibres, les douze plus grandes villes belges. Proximus et plusieurs opérateurs alternatifs ont déployé leur propre *express ring*. Une ligne louée sur le segment interurbain offre une capacité de transmission élevée entre ces différentes villes.

Les segments terminaux relient un nœud de l'*express ring* à un point de terminaison sur le réseau d'un opérateur ou sur le site de l'utilisateur final à connecter.

La démarcation entre circuits interurbains et segments terminaux se présente comme suit (cfr schéma p. 6 des conclusions de l'IBPT):

---

<sup>3</sup> Conclusions, p. 5.



Les segments terminaux comprennent trois niveaux hiérarchiques :

- le niveau « SDH » qui relie l'*express ring* à une quarantaine de villes de moindre importance en Belgique,
- le niveau « régional » qui relie le niveau « SDH » à l'une des 594 centrales téléphoniques de Proximus (« local exchanges » ou « LEX »), et
- le niveau local qui relie le LEX à un point de terminaison. Si ce point de terminaison se situe au niveau du site de l'utilisateur final, le niveau local comprendra également une section locale, en fibre ou en cuivre, reliant l'élément de l'infrastructure le plus proche de Proximus (en principe la chambre de visite ou « manhole ») et le site à connecter.

Les segments de ligne louée dont les deux extrémités dépendent hiérarchiquement du même nœud sur le réseau interurbain sont des segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la nature des points de terminaison de la ligne : site d'un utilisateur final, point de présence d'un opérateur alternatif ou site de Proximus.

6.

De nombreux opérateurs ont développé des infrastructures à haut débit en fibres au niveau de l'*express ring* ; ce marché a dès lors été considéré comme concurrentiel et été exempté de régulation *ex ante* lors de la première analyse de marché de l'IBPT<sup>4</sup>. Aucune circonstance particulière n'a justifié une nouvelle analyse de ce marché dans le cadre de la Décision.

La situation diffère sensiblement au niveau des segments terminaux. A ce niveau, seuls quelques opérateurs alternatifs ont développé une infrastructure concurrente de celle de Proximus.

<sup>4</sup> Décision du conseil de l'IBPT du 17 janvier 2007 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'lignes louées', sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : -marché 7: ensemble minimal de lignes louées de détail ; - marché 13: fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées ; -marché 14: fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain.

De plus, les segments terminaux que ces opérateurs alternatifs ont déployés restent confinés à des zones géographiques de première importance du point de vue économique, zones où ils disposent d'un réseau haut débit en fibre.

Dans toutes les autres zones, Proximus est en situation de monopole. Elle est en effet le seul opérateur à pouvoir fournir des segments terminaux, de quelque débit que ce soit.

### La Décision entreprise

#### *Les deux marchés concernés*

7.

La Décision entreprise du 8 août 2013 est relative à deux marchés.

Elle traite tout d'abord du marché de détail de la fourniture d'un ensemble minimal de lignes louées, correspondant au marché 7 dans la Recommandation 2003, sous réserve que le marché 7 était limité aux lignes louées d'un débit inférieur ou égal à 2Mbit/s. Le conseil de l'IBPT décide que ce marché ne remplit plus les conditions fixées pour permettre d'envisager une régulation *ex ante* ; par conséquent, les obligations précédemment imposées à Proximus sur le marché des lignes louées de détail d'une capacité inférieure ou égale à 2 Mbit/s, sont retirées.

L'IBPT observe que la Commission a elle-même constaté, dans la Recommandation 2007, que le marché de l'ensemble minimal de lignes louées ne devait plus être inclus dans la liste des marchés susceptibles d'être régulés *ex ante*. Ce choix de la Commission était justifié par la considération que « *La régulation PSM étant appliquée au niveau des marchés de gros où cela se justifie, il n'est pas probable que les consommateurs subissent un préjudice sur les marchés de détail des lignes louées. La régulation au niveau de gros là où cela est approprié devrait suffire pour assurer qu'il y ait une offre concurrentielle au niveau de détail*<sup>5</sup>. »

Ensuite, la Décision analyse et régule le marché de gros des segments terminaux de lignes louées, préalablement identifié par la Commission comme candidat à la régulation *ex ante* dans la Recommandation 2007 (marché 6).

#### *Les procédures de consultation*

8.

La Décision a été adoptée à la suite d'une procédure administrative et de consultation à divers niveaux.

---

<sup>5</sup> Cité par la Décision, p. 48, se référant à Note explicative de la Commission accompagnant la Recommandation 2007, SEC (2007) 1483/2, du 17 décembre 2007, p. 39.

Conformément à l'article 140 de la LCE, le Conseil de l'IBPT a soumis à consultation publique son projet de décision relatif aux deux marchés concernés.

Durant la période de consultation publique qui courait du 16 juillet 2012 au 14 septembre 2012, l'IBPT a reçu les contributions des entreprises ou associations suivantes : Proximus, Colt, FAC, KPN, Mobistar et Telenet.

Conformément à l'article 55 de la LCE, l'IBPT a adressé au Conseil de la Concurrence pour avis, le 8 avril 2013, son projet de décision concernant les deux marchés. Par lettre du 7 mai 2013, le Conseil de la Concurrence a indiqué à l'IBPT qu'il n'émettrait pas d'avis à l'encontre du projet de décision.

Conformément à l'article 3 de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006, l'IBPT a transmis son projet de décision aux régulateurs des Communautés (VRM, CSA et Medienrat), le 3 juin 2013.

Par lettre des 7, 11 et 17 juin 2013, le Medienrat, le CSA ainsi que le VRM ont indiqué qu'ils n'avaient pas de commentaire à formuler concernant le projet de décision.

Conformément à l'article 141 de la LCE, l'IBPT a notifié son projet de décision à la Commission européenne le 19 juin 2013.

Le 28 juin 2013, la Commission a adressé une demande d'informations à l'IBPT sur la base de l'article 5, 2°, de la Directive Cadre. L'IBPT a transmis sa réponse à la Commission le 3 juillet 2013.

Par lettre du 19 juillet 2013, la Commission européenne a fait part de ses observations à l'IBPT sur le projet de décision.

#### *Décision de réguler le marché 6*

9.

Par la Décision, l'IBPT maintient les conclusions réglementaires auxquelles il était parvenu dans son projet de décision et décide de continuer à réguler le marché de la fourniture en gros des segments terminaux de lignes louées.

Le marché pertinent de produits est le marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées de type « partial circuit » ou « backhaul », de tous débits et incluant les segments terminaux NGLL (Next Generation Leased Lines).

La dimension géographique du marché est nationale.

Proximus dispose d'une position de puissance significative sur ce marché et se voit par conséquent imposer des obligations :

- Maintien des obligations génériques imposées à Proximus lors de la précédente analyse de marché sont maintenues ;
- Certaines obligations spécifiques nouvelles par rapport à l'analyse précédente sont prévues, notamment :
  - L'obligation de fournir un devis, sur demande, avant la commande de l'installation d'une ligne de très haut débit, lorsque le bâtiment du client potentiel de l'opérateur alternatif n'est pas raccordé au réseau fibre d'accès de Proximus ;
  - La fourniture d'un accès à un réseau NGLL se composant de deux éléments : la section locale et la section relative au transport Ethernet NGLL ;
  - L'accès à une chambre de visite Proximus pour poser une fibre d'introduction chez le client final.
  - L'obligation d'offrir des lignes Fractional Ethernet de 2, 4, 6 et 8 Mbps (EVPL - Ethernet Virtual Privale Line) à l'échelon 0 km.

### III. LE CADRE REGLEMENTAIRE

10.

La fourniture de réseaux et services de communications électroniques est régie principalement par les directives suivantes, transposées en droit belge par la LCE :

- (i) la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, telle que modifiée par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du conseil du 25 novembre 2009 (« Directive Cadre ») ;
- (ii) La Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation des réseaux et de services de communications électroniques ;
- (iii) La Directive 2002/19/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (« Directive Accès ») ;
- (iv) La Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.
- (v) La Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

11.

La Directive Cadre crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques, des réseaux de communications électroniques et des ressources et services associés, et de certains aspects des équipements terminaux pour faciliter l'accès des utilisateurs handicapés. Elle fixe les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales (« ARN ») et établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée du cadre réglementaire dans l'ensemble de la Communauté (article 1.1 de la Directive).

Notamment, elle règle la procédure de consultation entre les ARN et la Commission (articles 7, 7 bis et 7 ter ; articles 141, 143, 143/1 et 144 LCE pour la transposition en droit belge).

Il résulte de cette procédure que, lorsqu'une ARN a l'intention de prendre une mesure qui soit vise à définir un marché pertinent différent de ceux recensés par la recommandation de la Commission (cfr *infra*), soit désigne, ou non, une entreprise comme disposant d'une puissance significative sur le marché, et aurait des incidences sur les échanges entre les Etats membres, elle doit consulter la Commission, l'ORECE et les ARN des Etats membres, et la Commission peut indiquer à l'ARN concernée qu'elle estime que la mesure envisagée ferait obstacle au marché unique ou qu'elle a des graves doutes quant à sa comptabilité avec la législation communautaire et en particulier avec les objectifs visés à l'article 8 de la Directive, auquel cas l'adoption du projet de mesure est retardé de deux mois (article 7.4. de la Directive Cadre ; article 143, § 1 LCE). Endéans ce délai de deux mois, la Commission peut, soit prendre la décision d'exiger le retrait du projet de mesure par l'ARN, soit décider de lever ses réserves (article 7.5. de la Directive Cadre). Si la Commission décide que la mesure envisagée doit être retirée, l'ARN doit modifier ou retirer son projet de mesure (article 7.6. de la Directive Cadre ; article 143, § 2 LCE).

Le droit belge ajoute que, après avoir consulté la Commission européenne, l'ORECE et les ARN des Etats membres comme prévu à l'article 141 LCE, l'Institut « *tient compte le plus possible des observations qui lui sont adressées dans le mois de la notification du projet de décision* » (article 141, § 2 LCE).

La Directive Cadre fixe aussi les objectifs généraux et les principes réglementaires applicables aux tâches des ARN (art. 8 et s.). Les objectifs généraux sont : (i) la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, (ii) le contribution au marché intérieur, et (iii) le soutien des intérêts des citoyens de l'Union européenne.

Elle définit l'entreprise considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché (art. 14).

Elle prévoit en son article 15 que la Commission adopte une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services, à savoir les marchés « *dont les caractéristiques peuvent*

*justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. La Commission définit les marchés en accord avec les principes du droit de la concurrence » (article 15.1), que « La Commission publie (...) des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché (ci-après dénommées 'lignes directrices') qui sont conformes aux principes du droit de la concurrence » (article 15.2) et que les ARN « tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales suivent les procédures prévues aux articles 6 et 7 avant de définir des marchés qui diffèrent de ceux recensés dans la recommandation » (article 15.3).*

*Elle dispose en son article 16 que les ARN « effectuent une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la recommandation et en tenant le plus grand compte des lignes directrices. Les Etats membres veillent à ce que cette analyse soit effectuée, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence » (article 16.1) et que, lorsqu'une ARN « détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle identifie les entreprises qui, individuellement ou conjointement avec d'autres, sont puissantes sur ce marché, conformément à l'article 14 ; l'autorité réglementaire nationale impose aussi à ces entreprises les obligations réglementaires spécifiques appropriées (...) » (article 16.4).*

12.

La LCE contient les dispositions suivantes :

Article 54 LCE :

*«Après chaque publication par la Commission européenne de sa "Recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques", également dénommée ci-après: la "Recommandation", et à intervalles réguliers, l'Institut détermine les marchés pertinents pour les réseaux et les services de communications électroniques, ainsi que leur étendue géographique respective ».*

Article 55 LCE :

*« § 1<sup>er</sup>*

*Conformément au § 4, l'Institut effectue une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la Recommandation afin de déterminer si ceux-ci sont effectivement concurrentiels. Il tient compte le plus possible des lignes directrices publiées par la Commission européenne. L'échange d'informations nécessaires à cette analyse, se fait conformément à l'article 137, § 2.*

*Cette analyse de marchés est effectuée par l'Institut conformément aux articles 140 à 143/1:*

a)

dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente décision de l'Institut concernant ce marché. Ce délai peut toutefois, à titre exceptionnel, être prolongé jusqu'à trois ans supplémentaires lorsque l'Institut a notifié à la Commission européenne une proposition motivée de prolongation et que celle-ci n'y a pas opposé d'objection dans le mois suivant cette notification;

b)

dans les deux ans suivant l'adoption par la Commission européenne d'une recommandation révisée sur les marchés pertinents pour les marchés qui n'ont pas été préalablement notifiés à la Commission européenne.

Lorsque l'Institut n'a pas achevé son analyse du marché dans le délai fixé à l'alinéa 2, il peut demander à l'ORECE une assistance en vue d'achever l'analyse du marché pertinent et des obligations spécifiques à imposer. Dans ce cas, l'Institut consulte dans les six mois la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres conformément à l'article 141.

§ 2

Si l'Institut conformément au § 4 conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient une quelconque des obligations visées aux articles 58 à 65/1.

Lorsque l'Institut décide de ne pas maintenir une obligation conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, il en informe les parties concernées dans le mois qui suit sa décision.

§ 3

Si l'Institut conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie conformément au § 4 tout opérateur disposant individuellement ou conjointement avec d'autres d'une puissance significative sur ce marché, et décide d'imposer, de maintenir ou de modifier les obligations visées aux articles 58 à 65/1 qu'il estime appropriées.

Un opérateur est considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent si, individuellement ou conjointement avec d'autres, il se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients ou des consommateurs.

Lorsqu'un opérateur est considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent (le premier marché), il peut également être considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché étroitement lié (le second marché). Cela peut être le cas lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent à l'opérateur puissant d'utiliser sur le second marché, par effet de levier, la puissance qu'il détient sur le premier marché de manière à renforcer sa puissance sur le marché.

Dans ce cas, l'Institut décide, sans préjudice de l'application de l'alinéa 1<sup>er</sup>, de l'imposition, du maintien ou de la modification sur le second marché, des obligations visées aux articles 58 à 60 et 62 et lorsque ces obligations se révèlent insuffisantes, des obligations visées à l'article 64, qu'il estime appropriées afin de prévenir cet effet de levier.

Pour chaque marché pertinent, l'Institut publie sur son site Internet, la liste des opérateurs disposant d'une puissance significative et, le cas échéant, des opérateurs disposant d'une

*puissance significative sur un marché étroitement lié, ainsi que la liste des obligations imposées à chacun de ces opérateurs.*

*§ 4*

*L'Institut soumet ses décisions renvoyant à ce paragraphe à une concertation préalable avec [l'Autorité belge de la concurrence]. [L'Autorité belge de la concurrence] émet son avis dans les 30 jours calendrier à dater de l'envoi du projet de décision par l'Institut. Passé ce délai, l'avis de [l'Autorité belge de la concurrence] n'est plus requis.*

*§ 4/1*

*L'Institut envoie ses décisions renvoyant à ce paragraphe, au préalable à [l'Autorité belge de la concurrence], qui dans les trente jours, à partir de l'envoi du projet de décision par l'Institut, émet un avis concernant la question de savoir si les décisions projetées par l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Passé ce délai, l'avis de [l'Autorité belge de la concurrence] n'est plus requis.*

*§ 5*

*Dans le cas de marchés transnationaux recensés dans une décision de la Commission européenne, l'Institut effectue l'analyse de ces marchés conjointement avec les autorités réglementaires nationales des autres Etats membres concernés, en tenant le plus grand compte des lignes directrices. L'Institut se prononce de manière concertée avec ces mêmes autorités sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations réglementaires sectorielles visées au paragraphe 3. »*

13.

En application de l'article 15.1 de la Directive Cadre, la Commission a adopté sa Recommandation 2007<sup>6</sup>.

Par cette Recommandation, la Commission explique la démarche qu'elle a suivie pour définir les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, à savoir l'application des trois critères cumulatifs suivants : (i) la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, (ii) la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective, et (iii) l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou les défaillances constatées.

La Commission expose que c'est en appliquant ces trois critères qu'elle a défini les marchés pertinents.

---

<sup>6</sup> Sont répertoriés dans le cadre réglementaire repris dans le présent arrêt la Recommandation 2007 et les instruments juridiques qui suivent, sans qu'il ne soit nécessaire, pour le traitement du présent recours, de statuer sur la force obligatoire et le caractère contraignant de ces différents instruments qui pourraient être qualifiés de "soft law" (cfr à ce sujet, P.O. De Broux et I. Mathy, "Les actes non contraignants dans le droit européen des communications électroniques. Les frontières du soft law européen à l'épreuve", in *Les sources du droit revisitées. Volume 1: normes internationales et constitutionnelles*, Anthémis – Université Saint-Louis, 2012, p. 295 et s.).

Elle trace aussi les lignes d'actions et marge d'appréciation des ARN, étant entendu que celles-ci sont compétentes pour « *définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire* » (considérant (3)):

- les ARN peuvent soumettre un marché non énuméré en annexe comme marché pertinent à réglementation *ex ante* si l'application des trois critères conduit à la conclusion que ce marché doit être réglementé (considérant 17);
- les ARN peuvent aussi exempter de réglementation un marché repris dans la liste s'il ne satisfait pas aux trois critères, ou définir un marché différemment que dans la liste en annexe (considérant 17).

En conclusion, la Recommandation 2007 :

- recommande aux ARN d'analyser les marchés de produits et de services énumérés en annexe ;
- indique que, lorsqu'elles recensent d'autres marchés, les ARN doivent s'assurer que les trois critères sont remplis en même temps.

La Commission a publié une Note explicative accompagnant sa Recommandation 2007, disponible uniquement en anglais.<sup>7</sup>

14.

En application de l'article 15.2. de la Directive Cadre, la Commission a adopté des Lignes directrices 2002/C 165/03 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 (les « Lignes Directrices »).

Les Lignes Directrices ont pour objectif d'énoncer les principes sur lesquels les ARN doivent, selon la Commission, fonder leur analyse des marchés et de la concurrence effective en application du cadre réglementaire, pour les réseaux et les services de communications électroniques (§ 1).

Elles énoncent les principes et objectifs qui sous-tendent les mesures sectorielles (titre 1.2.). Les objectifs d'action des ARN sont de promouvoir l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel, de développer le marché intérieur et de soutenir les intérêts des citoyens de l'Union européenne (§ 15). Dans l'exercice de la mission réglementaire assumée par les ARN en vertu des articles 15 et 16 de la Directive Cadre, les ARN « *jouissent de pouvoirs discrétionnaires qui témoignent de la complexité de l'ensemble des facteurs déterminants qu'elles doivent apprécier (aspects économiques, factuels et juridiques) pour recenser les marchés pertinents et repérer les entreprises pertinentes sur le marché. Ces pouvoirs discrétionnaires demeurent néanmoins subordonnés aux procédures prévues aux articles 6 et 7 de la directive Cadre* » (§ 22).

<sup>7</sup> Explanatory Note SEC (2007) 1483/2, du 13 novembre 2007 (la "Note explicative").

Elles énoncent les relations entre la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence (titre 1.3). « *Dans le nouveau cadre réglementaire, les marchés sont définis et la puissance sur le marché est appréciée en utilisant les mêmes méthodes qu'en droit de la concurrence* » et les Lignes Directrices se fondent sur la jurisprudence existante du Tribunal de première instance et de la Cour de justice concernant la définition du marché et la notion de position dominante, de même que sur les lignes directrices et communications applicables à la matière. Ceci garantit que, dans la plupart des cas, le marché pertinent est défini de la même manière en droit sectoriel et en droit de la concurrence. Il existe cependant une différence entre le droit sectoriel et le droit de la concurrence, qui tient au fait que le premier évalue les marchés de manière prospective, et le second *a posteriori*.

Elles énoncent plus particulièrement les règles à suivre pour la définition d'un marché pertinent et les critères à prendre en considération (titre 2). Elles examinent à cet égard tant la substitution du côté de la demande que la substitution du côté de l'offre.

Elles traitent de l'évaluation de la puissance sur le marché (position dominante) (titre 3) et de l'imposition, du maintien, de la modification ou de la suppression d'obligations au titre du cadre réglementaire (titre 4).

#### IV. L'OBJET DU RECOURS DE PROXIMUS ET LES DEMANDES DES PARTIES

15.

Proximus demande à la cour :

- *de constater que la Décision entreprise est entachée d'illégalité sur les points visés par le recours (...) et donc,*
- *d'annuler la Décision entreprise à tout le moins sur les points visés par les moyens formulés dans les présentes conclusions ; et*
- *de condamner l'IBPT au dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.*

Les critiques de Proximus portent sur les aspects suivants de la Décision :

- (i) la définition du marché de gros de la fourniture de segments terminaux de lignes louées retenue par l'IBPT, en ce qu'elle s'abstient de segmenter en fonction du débit, « inférieur ou égal à 2 Mbit/s » et « supérieur à 2 Mbit/s », comme le proposait Proximus ;
- (ii) l'imposition de l'obligation d'accès à ses chambres de visite, en ce qu'elle ne répondrait pas aux conditions légalement prévues par le cadre réglementaire sectoriel pour l'imposition de remèdes *ex ante*.

16.

L'IBPT conclut au non-fondement de la demande et à la condamnation de Proximus aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure estimée à 1.320 €.

Il demande en outre à la cour « *d'ordonner que soit mise à disposition de chaque partie, au greffe de la Cour de céans, la copie libre de l'arrêt à intervenir visée à l'article 792 du Code judiciaire, le jour du prononcé dudit arrêt* ».

17.

Les parties intervenantes indiquent intervenir « *à titre purement conservatoire pour soutenir la légalité de la Décision dans son intégralité et en tout point spécifique de celle-ci* »<sup>8</sup>. Elles contestent les moyens soulevés par Proximus à l'appui de sa requête en annulation.

Elles concluent au non-fondement de la demande.

## V. DISCUSSION

18.

Les griefs de Proximus sont articulés contre deux parties distinctes de la Décision, qui seront examinées successivement.

### V.1. LA DÉFINITION DU MARCHÉ - ABSENCE DE SEGMENTATION DU MARCHÉ DE GROS DES SEGMENTS TERMINAUX DES LIGNES LOUÉES EN FONCTION DU DÉBIT

#### A. La Décision entreprise

19.

L'IBPT définit le marché de gros des segments terminaux des lignes louées de la manière suivante :

#### **« 4.1.2. Définition du marché pertinent de produits**

*4:9 La Recommandation du 17 décembre 2007 identifie comme pertinent le marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée.*

*4:10 L'IBPT a étudié, d'une part, s'il y avait lieu de fusionner ce marché avec d'autres marchés de la Recommandation du 17 décembre 2007, et d'autre part, s'il y avait lieu de le subdiviser. A cette fin, l'IBPT a analysé la substituabilité entre les produits et services suivants :*

---

<sup>8</sup> Conclusions, p. 4.

- 4:10.1 substituabilité entre les segments terminaux des lignes louées classiques et les segments terminaux NGLL (Next Generation Leased Line, nom donné par l'IBPT aux services Carrier Ethernet de type Eline (tels que définis par le MEF - Metro Ethernet Forum) donnant accès à d'autres services au même titre que les lignes louées classiques, voir infra) ;
- 4:10.2 substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées et les segments de lignes louées sur le circuit interurbain ;
- 4:10.3 substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées « partialcircuit » et « backhaul » ;
- 4:10.4 substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées de différents débits ;
- 4:10.5 substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées et l'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques ;
- 4:10.6 substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées et les fibres noires ;
- 4:10.7 substituabilité entre les lignes louées de gros et les services d'accès à un débit binaire ; »

En ce qui concerne l'analyse de la substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées de différents débit – objet des critiques formées dans le présent recours – l'IBPT considère, quant à la substituabilité du côté de la demande : « qu'il existe des indications divergentes quant à la substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées de différents débits. Sur ces bases, l'IBPT conclut que le degré de substituabilité du point de vue de la demande entre les segments terminaux de lignes louées de débit différent n'est pas suffisamment concluant pour les intégrer dans le même marché" (§ 4 :54).

Examinant ensuite la substituabilité du point de vue de l'offre, l'IBPT constate que :

« 4:55 Les réseaux de transport aptes à fournir un service de lignes louées sont tous organisés de la même manière :

4:55.1 Un réseau de fibres optiques.

4:55.2 Sur ce réseau, un réseau WDM (Wavelength Division Multiplexing – Multiplexage de longueurs d'ondes).

4:55.3 Sur différentes longueurs d'onde, un réseau SDH au cote de réseaux d'autres types.

4:55.4 Optionnellement en interface d'accès au réseau SDH, des équipements PDH.

4:56 L'implémentation des différentes lignes est faite comme suit :

4:56.1 Les lignes louées de débit de la hiérarchie Ethernet (parfois définies dans d'autres pays comme lignes avec interfaces alternatives) sont réalisées directement avec l'infrastructure WDM (GigaEthernet et plus) ou encapsulées dans les containers virtuels VC12 (5 VC12 pour 1 Ethernet) ou VC4 (Fast Ethernet) du SDH.

4:56.2 Les lignes louées de débit égal ou supérieur à 2 Mbps non Ethernet sont réalisées sur l'infrastructure SDH.

4:56.3 Les lignes louées de débit inférieur à 2Mbps – y compris les lignes analogiques - sont multiplexées dans des lignes de 2Mbps via les équipements PDH en accès de l'infrastructure SDH.

4:56.4 Ces différentes technologies sont implémentées comme en s'intégrant l'une dans l'autre : le PDH utilise des containers virtuels dans le SDH qui lui-même utilise une longueur d'onde du WDM ; on peut donc considérer qu'il s'agit d'une seule et même infrastructure.

4:57 Les lignes de tous débits et de toutes hiérarchies sont donc toutes fournies sur une infrastructure intégrée et ne nécessitent donc pas d'investissements significatifs de la part du fournisseur pour étendre la palette des débits offerts. En cas d'augmentation faible mais significative et durable des prix des segments terminaux de lignes louées pour un certain débit A, un fournisseur de segments terminaux qui ne fournirait que des lignes louées de débits supérieurs pourrait fournir à court terme et sans investissements significatifs des segments terminaux de débit A. En effet, les équipements supplémentaires éventuellement nécessaires (pour des lignes de moins de 2 Mbps) représentent un investissement modéré (moins de 10.000 €<sup>104</sup> par points de présence devant supporter ces débits) et sont aussi aisés à raccorder à l'infrastructure existante que les équipements devant être installés chez les utilisateurs finals.

4:58 En ce qui concerne le segment local des lignes louées :

4.58.1 : le segment local des lignes haut débit peut parfaitement servir pour des services à bas débits. Il existe des modems optiques à partir de 64 Kbps d'un niveau de prix comparables à celui de leurs équivalents électriques sur cuivre. Un opérateur offrant des lignes louées haut débit peut donc offrir des lignes bas débit sans investissements significatifs.

4:58.2 Il n'existe pas sur le marché d'opérateurs ne fournissant que des lignes louées bas débit. Tous les opérateurs offrant des lignes à bas débit ont soit déjà réalisés les investissements sur le segment local pour monter en débit, soit ont accès à une offre de gros pour le faire.

4:59 Du point de vue de l'offre, la substituabilité entre les lignes louées de différents débits, – en particulier les débits inférieurs ou égal à 2Mbit/s et les débits supérieurs à 2Mbit/s, est suffisante pour les intégrer dans le même marché pertinent.

4:60 Du point de vue de l'offre, la substituabilité entre les différents débits de lignes louées est donc suffisante pour les intégrer dans le même marché pertinent.

4:61 Il ressort du benchmark suivant qu'il n'existe pas de pratique harmonisée entre ARNs en ce qui concerne la segmentation par débits, même entre celles qui établissent une segmentation en fonction du débit (la segmentation n'étant pas toujours établie sur base des mêmes débits).

(...). ».

L'IBTP conclut dès lors :

« C10 Compte tenu de la substituabilité du côté de l'offre et du mode de commercialisation des lignes louées de gros [mode de commercialisation qui crée une relation entre les lignes de différents débits du fait qu'il est fréquent qu'un même contrat porte sur des lignes de différents débits]<sup>9</sup>, l'IBTP considère qu'il n'est pas justifié de diviser le marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées en fonction du débit ».

## B. Les positions des parties

### (i) Position de Proximus

<sup>9</sup> Ce passage figure en note de bas de page dans la Décision.

20.

Proximus développe huit griefs contre la définition du marché adoptée dans la Décision, les sept premiers à titre principal, et le huitième à titre subsidiaire.

A titre principal, Proximus reproche à l'IBPT d'avoir inclus dans le marché de gros des segments terminaux les lignes louées de tout débit, alors que, selon elle, il y aurait eu lieu de différencier deux segments différents dans ce marché, celui relatif au débit inférieur ou égal à 2 Mb/s. et celui relatif au haut débit (supérieur à 2 Mb/s) ; s'il avait procédé ainsi, l'IBPT aurait dû constater que le marché du haut débit (supérieur à 2 Mb/s.) était concurrentiel – ou à tout le moins ne remplissait pas le « test des trois critères », avec pour conséquence que Proximus ne pouvait y être désignée comme disposant d'une PSM.

Elle considère que la Décision, en ce qu'elle a pris en compte un seul marché de gros des segments terminaux, sans distinction de débit, est illégale, car ne satisfaisant pas à l'exigence de motivation, et relevant d'une erreur manifeste d'appréciation.

Les sept griefs qu'elle articule à ce sujet sont les suivants.

a) Absence de démonstration d'un degré suffisant de substituabilité

21.

L'analyse menée par l'IBPT ne répond pas aux exigences du cadre réglementaire sectoriel en ce qu'elle ne démontre pas de manière convaincante et étayée l'existence d'un degré suffisant de substituabilité entre les segments terminaux à haut débit et à bas débit, afin de pouvoir intégrer ces deux produits dans le même marché.

En particulier, la conclusion de l'analyse menée par l'IBPT repose sur un degré extrêmement faible de substituabilité, le plus faible que l'on pourrait concevoir d'un point de vue théorique : une (prétendue) substituabilité à sens unique du côté de l'offre, sans substituabilité du côté de la demande.

En principe, un tel degré de substituabilité est insuffisant, de sorte que la définition de marché retenue par l'IBPT doit être censurée par la Cour.

En tout état de cause, même si l'IBPT parvenait à démontrer que son raisonnement reposerait sur des précédents bien établis (*quod non*), son analyse demeurerait tout autant lacunaire et inadéquate dans la mesure où, dans un tel contexte, les principes du cadre réglementaire sectoriel – et plus particulièrement le devoir de prudence qui incombe au régulateur dans le cadre de la définition de marché – lui imposaient d'approfondir son analyse et d'apporter une motivation renforcée à sa décision (en ce compris sur la question de savoir à partir de quel(s)

produit(s) l'analyse aurait dû être menée). Or, l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre menée par l'IBPT ne répond manifestement pas à cette exigence de motivation renforcée.

b) L'analyse menée par l'IBPT est lacunaire

22.

L'IBPT justifie l'existence d'une substituabilité du côté de l'offre entre les segments à haut débit et ceux à bas débit par le constat que :

« Les lignes de tous débits et de toutes hiérarchies sont (...) toutes fournies sur une infrastructure intégrée et ne nécessitent donc pas d'investissements significatifs de la part du fournisseur pour étendre la palette des débits offerts » (cfr supra, § 4 :57 de la Décision).

L'analyse menée par l'IBPT est lacunaire en ce qu'elle se limite à examiner la substituabilité du côté de l'offre dans le sens du haut débit vers le bas débit, en faisant totalement abstraction de la question de la substituabilité du bas débit vers le haut débit.

Or, si l'on examine la substituabilité du côté de l'offre dans le sens du bas débit vers le haut débit, on doit constater qu'un opérateur qui offre des segments terminaux de lignes louées à bas débit (via le cuivre) n'est pas en mesure d'offrir, aussi aisément que le suggère l'IBPT, des segments terminaux de lignes louées à haut débit via la fibre. Des solutions basées sur la fibre nécessitent en effet des investissements conséquents tant en termes financiers que de temps de déploiement nécessaire. Il n'y a donc pas de substituabilité du côté de l'offre du bas débit vers le haut débit.

c) L'analyse de l'IBPT est purement théorique et abstraite

23.

Au niveau de la substituabilité du côté de l'offre du haut débit vers le bas débit, la pierre angulaire de la motivation de l'IBPT est erronée dans la mesure où elle est fondée sur une analyse purement théorique, abstraite et hypothétique.

La réalité du marché démontre que les opérateurs alternatifs qui ont investi dans les lignes louées à haut débit n'ont ni l'intérêt économique et commercial, ni la capacité de fournir à court terme et sans investissements significatifs des lignes louées à bas débit, sur une base suffisamment représentative, dans les zones où la demande en bas débit existe.

Comme indiqué dans la Décision entreprise, les opérateurs alternatifs qui offrent des segments à bas débit ne le font qu'« en complément » de leurs segments à haut débit. Autrement dit, la capacité des opérateurs alternatifs à offrir des segments à bas débit est limitée géographiquement à la couverture (existante) de leur réseau en fibre.

Ceci explique que les éventuels exemples d'opérateurs alternatifs qui seraient disposés à offrir des segments à bas débit via leur infrastructure en fibre ne jouent qu'en réalité à la marge et

ne constituent dès lors que des cas particuliers, relativement limités quant à leur portée. Un tel point de référence n'est manifestement pas représentatif de la réalité globale du marché des segments à bas débit de sorte qu'il ne saurait être extrapolé et mener à une conclusion générale sur la question de la substituabilité.

A cela s'ajoute que les opérateurs alternatifs ne semblent avoir aucun intérêt économique ou commercial à déployer leur infrastructure en fibre en dehors des zones à forte densité économique, afin de desservir les zones où la demande pour les segments à bas débit existe, le régulateur ne démontrant en tout cas pas le contraire. Dans les zones où la demande en bas débit existe (zones éclatées géographiquement), il est en effet économiquement plus intéressant pour les opérateurs alternatifs de recourir à l'offre de gros de Proximus (BROTSoLL) plutôt que d'investir dans leur propre infrastructure, en raison de la grande attractivité sur le plan tarifaire de l'offre BROTSoLL.

24.

La motivation apportée par l'IBPT quant à la substituabilité du côté de l'offre du haut débit vers le bas débit est également purement théorique et abstraite en ce qu'elle ne contient aucune analyse concrète, spécifique et détaillée de :

- la position effective des différents opérateurs présents sur le marché et de leurs intérêts commerciaux sur le plan du marché de gros ;
- le niveau des prix pratiqués pour l'offre de segments terminaux à bas débit et (la structure) de leur rentabilité ; et
- le niveau des investissements réellement requis pour la migration vers le bas débit, ainsi que le temps requis pour investir et la rentabilité des investissements.

Dans la Décision entreprise, l'IBPT ne se réfère en effet nullement à la position effective des opérateurs présents sur le marché (pour le haut débit), ce qui est contraire au prescrit des Lignes directrices de la Commission.

Ensuite, alors que l'IBPT prétend appliquer le test du monopoleur hypothétique (ou SSNIP Test) au paragraphe 4:57 de la Décision entreprise, aucune donnée chiffrée relative aux prix pratiqués pour l'offre de segments terminaux à bas débit n'est mentionnée ni analysée par l'IBPT.

La Décision ne contient pas non plus d'information démontrant que l'IBPT aurait spécifiquement interrogé un quelconque opérateur sur l'éventuel intérêt commercial qu'il aurait de proposer (sur le marché de gros) des offres de segments terminaux à bas débit en cas d'augmentation faible mais significative des prix de Proximus pour les segments à bas débit. Aucune analyse concrète, ni même ébauche d'analyse, n'est reprise dans la Décision entreprise ou dans le dossier administratif. Aucun élément vérifiable n'est présenté.

Enfin, au niveau des investissements requis pour la migration vers le bas débit, l'IBPT se réfère de manière théorique et abstraite à un montant en valeur absolue (« 10.000 € ») – qui

représenterait le coût (par opérateur) des équipements supplémentaires nécessaires pour une telle migration –, sans analyser de manière concrète l'éventuelle rentabilité de ces investissements ainsi que leur temps de déploiement nécessaire.

Par ailleurs, le montant de « 10.000 € » renseigné par la Décision entreprise (sans autre précision ou preuve) ne constitue pas un montant unique mais bien un montant requis « *par points de présence* » de l'opérateur alternatif<sup>10</sup>. Il s'ensuit qu'affirmer de manière générale et tendancieuse qu'un montant de 10.000 € ne représenterait qu'un investissement modéré peut se révéler totalement erroné si l'opérateur alternatif doit couvrir de nombreux points de présence. Ni la Décision entreprise ni le dossier administratif ne contiennent la moindre analyse concrète du nombre de points de présence, et du nombre de lignes à bas débit à fournir.

d) Le benchmark repris dans la Décision entreprise ne constitue pas une motivation adéquate et suffisante

25.

Dans la Décision, l'IBPT affirme qu'il ressortirait du *benchmark* réalisé « *qu'il n'existe pas de pratique harmonisée entre ARNs en ce qui concerne la segmentation par débits, même entre celles qui établissent une segmentation en fonction du débit (la segmentation n'étant pas toujours établie sur base des mêmes débits)* »<sup>11</sup>.

Il s'en déduit que l'absence d'harmonisation au niveau européen dans les conclusions retenues sur le plan de la définition de marché constitue un élément déterminant dans le choix de l'IBPT de ne pas segmenter le marché en fonction du débit.

La référence faite par l'IBPT à ce *benchmark*, ainsi que les conclusions qu'il en tire, ne constituent pas une motivation adéquate et suffisante aux fins de fonder une analyse de substituabilité. En effet, le régulateur ne peut substituer un *benchmark* à sa propre analyse approfondie et concrète du marché, fondée sur les circonstances nationales spécifiques propres.

La référence audit *benchmark* est d'autant moins adéquate que la conclusion que l'IBPT en tire (« l'absence de pratique harmonisée au niveau européen » ; donc une conclusion neutre ne permettant d'appuyer aucune thèse) est sans lien logique avec le choix qu'il pose de ne pas segmenter le marché en fonction du débit.

<sup>10</sup> Décision entreprise, point 4:57.

<sup>11</sup> Décision entreprise, point 4:61

Proximus constate enfin, à titre surabondant, qu'en corrigeant certaines informations du *benchmark* repris au Tableau 4.1 de la Décision, une autre interprétation plus correcte et plus pertinente que celle proposée par l'IBPT témoigne d'une tendance majoritaire depuis plusieurs années en faveur de la thèse de la segmentation du marché en fonction du débit (cfr ses conclusions, § 34).

e) Absence de prise en considération de l'hétérogénéité des conditions de concurrence en fonction des débits offerts

26.

La définition du marché pertinent est intimement liée aux contraintes concurrentielles (en ce compris plus particulièrement leur caractère homogène ou non) qui sont observables sur le marché examiné. L'existence de conditions concurrentielles sensiblement différentes sur certains segments du marché analysé constitue généralement un indice qu'une définition de marché plus étroite et segmentée s'impose.

En l'espèce, l'analyse menée par l'IBPT ne tient nullement compte du fait que des conditions concurrentielles sensiblement différentes sont observables entre le segment haut débit et le segment bas débit du marché.

Pourtant, la Décision entreprise contient des informations particulièrement pertinentes à ce sujet qui démontrent ces faits. Ainsi, à la Figure 4.6 reprise dans la section de la Décision entreprise relative à l'analyse PSM, il ressort clairement que, selon les débits offerts, la part de marché de Proximus varie (très) significativement.

L'analyse menée par l'IBPT est purement lacunaire et abstraite dans la mesure où elle omet – à tort – d'examiner de tels faits concrets dans le cadre de la définition du marché. Elle aboutit ainsi à des appréciations manifestement erronées.

27.

La Commission européenne a fait valoir de telles observations dans le cadre de la demande d'informations adressée à l'IBPT le 28 juin 2013 ; elle y a exprimé des préoccupations claires à l'encontre de la définition de marché retenue par l'IBPT, précisément en raison de l'existence de conditions concurrentielles hétérogènes entre le segment haut débit et le segment bas débit du marché :

« Nonobstant la conclusion de l'IBPT selon laquelle il n'est pas justifié de définir le marché sur la base des débits, il semble que les conditions concurrentielles soient plutôt hétérogènes sur le marché de gros des segments terminaux de lignes louées, en particulier en ce qui concerne les hauts débits (>10Mbit/s ; Giga Ethernet, Faster Ethernet, STM1 et 4) où les parts de marché de

Proximus se situent entre 20 %-40 %. Pourriez-vous davantage expliquer les raisons pour lesquelles cela ne vous a pas conduit à segmenter le marché en fonction des débits »<sup>12</sup>.

La Commission ne semble toutefois pas avoir été totalement convaincue par la réponse apportée par l'IBPT dans la mesure où elle a réitéré les mêmes préoccupations à l'occasion des observations qu'elle a formulées en application de l'article 7 de la Directive Cadre.

Proximus fait valoir à titre comparatif que les analyses de régulateurs d'autres Etats membres ont été sanctionnées par la Commission européenne en raison de l'absence de prise en considération de l'existence de conditions concurrentielles hétérogènes sur certains segments du marché examiné. Plus particulièrement, Proximus se réfère à la seconde phase d'enquête ouverte en mai 2013 par la Commission européenne à l'encontre d'un projet de décision notifié par l'autorité réglementaire autrichienne concernant le marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, c'est-à-dire le même marché que celui qui fait l'objet du présent recours.

f) La référence au mode de commercialisation des lignes louées est contradictoire et ne constitue pas une motivation adéquate

28.

Dans la conclusion finale de son analyse, l'IBPT revient sur un point figurant dans son examen de la substituabilité du côté de la demande, à savoir le « mode de commercialisation » des lignes louées de gros et qui devrait prétendument justifier la définition du marché retenue : « Compte tenu de la substituabilité du côté de l'offre et du mode de commercialisation des lignes louées de gros, l'IBPT considère qu'il n'est pas justifié de diviser le marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées en fonction du débit »<sup>13</sup>.

Contrairement à ce que l'IBPT et les parties intervenantes laissent entendre en conclusions, le mode de commercialisation des lignes louées n'est pas pris en considération par l'IBPT dans le cadre d'un raisonnement relatif à la substituabilité du côté de l'offre dans la Décision entreprise. L'IBPT se réfère au mode de commercialisation des lignes louées en tant qu'élément de son raisonnement relatif à la substituabilité du côté de la demande.

En témoignage, l'utilisation de la conjonction « et » par l'IBPT : « Compte tenu de la substituabilité du côté de l'offre et du mode de commercialisation des lignes louées de gros ».

<sup>12</sup> Pièce 2.26 du dossier administratif, p. 4, question 3.5, Proximus souligne (traduction libre de : « Notwithstanding your conclusion that it is not justified to delineate the product market on the basis of speeds, there seem to be rather heterogeneous competitive conditions in the wholesale market for terminating segments of leased lines, in particular with regard to high speeds (>10Mbps; Giga Ethernet, Faster Ethernet, STM1 and 4) where market shares for Proximus lie between 20%-40%. Please further explain why this has not led you to segmenting the market according to bandwidth »).

<sup>13</sup> Décision entreprise, point 4.1.2.6.4.

Une telle approche est contradictoire puisque les observations relatives au mode de commercialisation des lignes louées de gros n'ont précisément pas permis à l'IBPT de conclure à l'existence d'une substituabilité du côté de la demande.

A supposer que l'intention de l'IBPT aurait été d'utiliser le mode de commercialisation des lignes louées en tant qu'élément de son raisonnement relatif à la substituabilité du côté de l'offre (*quod non*), la motivation de la Décision serait dans ce cas lacunaire dans la mesure où l'IBPT n'offre pas la moindre explication spécifique qui justifierait la pertinence de cette information dans le cadre de la substituabilité du côté de l'offre.

Il découle de ce qui précède que la motivation de la Décision entreprise est contradictoire ou, à tout le moins, lacunaire sur le point visé par Proximus.

A titre surabondant, on notera d'ailleurs qu'il paraît particulièrement difficile d'accepter que le mode de commercialisation ne permet pas de constater une substituabilité du côté de la demande – comme l'IBPT le constate à juste titre – mais que ce mode de commercialisation sur le plan du gros constituerait tout de même et en même temps un facteur contribuant à la substituabilité du côté de l'offre. Cela voudrait dire qu'on se trouverait face à un marché sur lequel le mode de commercialisation serait différent du côté de l'offre et du côté de la demande. Par conséquent les produits / services concernés seraient vendus de manière différente de leur mode d'achat. C'est particulièrement difficile de s'imaginer un tel marché qui aurait « en réalité » des caractéristiques surréalistes.

L'IBPT prétend dans la Décision entreprise que le fait que les lignes louées de différents débits soient fréquemment commercialisées dans un même contrat constituerait un indice pertinent de substituabilité du côté de la demande :

« [L]e mode de commercialisation des lignes louées de gros crée une relation entre les lignes de différents débits du fait qu'il est fréquent qu'un même contrat porte sur des lignes de différents débits. Il ressort des réponses à un questionnaire de l'IBPT que les commandes portant sur des lignes de différents débits peuvent représenter une forte proportion du total des achats de lignes louées de gros »<sup>14</sup>.

Une telle affirmation est manifestement erronée dans la mesure où le mode de commercialisation des lignes louées ne constitue pas en tant que tel un indice de substituabilité.

g) La motivation apportée par l'IBPT est entachée d'incohérences en ce qui concerne l'utilisation de la notion de « débits »

29.

---

<sup>14</sup> Décision entreprise, point 4:53..

Proximus considère qu'il y a une incohérence dans la Décision, en ce qu'elle refuse de voir dans les différences de débit une raison de segmenter le marché entre haut et bas débit, alors que, dans l'analyse de la substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées et l'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques, l'IBPT conclurait que les différences de débit entre la paire de cuivre dégroupée et les segments terminaux de lignes louées constitueraient l'une des raisons fondamentales justifiant l'absence de substituabilité entre ces produits et services.

Proximus se réfère aussi au projet de décision soumis à consultation publique, dans lequel il était indiqué :

« Sur le plan des capacités, la paire de cuivre ne peut être utilisée pour des débits supérieurs à 2 Mbit/s (10 Mbit/s avec 4 paires de cuivre en parallèle) alors que les segments terminaux ne sont pas limités à un débit de 2 Mbit/s »<sup>15</sup>.

Au vu de ces éléments, Proximus considère que la motivation apportée par l'IBPT quant à l'absence de segmentation du marché de gros pertinent en fonction du débit est également entachée d'incohérences manifestes.

30.

A titre subsidiaire, Proximus considère que, même si la définition du marché n'est pas critiquable, la Décision entreprise demeure illégale en ce que l'IBPT n'a pas adopté de mesures réglementaires différenciées adéquates afin de tenir compte des structures concurrentielles sensiblement différentes observables sur le marché en fonction du débit (bas débit/haut débit).

(ii) *Position de l'IBPT*

31.

L'IBPT réfute les critiques de Proximus. La motivation de la Décision concernant la définition du marché n'est pas critiquable ; Proximus, qui en supporte la charge de la preuve, n'établit pas que l'Institut aurait versé dans une erreur manifeste d'appréciation.

a. *Par rapport à la substituabilité au niveau de l'offre retenue*

32.

La substituabilité du côté de l'offre n'est pas moins fiable que la substituabilité du côté de la demande. Certes, la substituabilité du côté de la demande est plus souvent utilisée, voire l'est en premier lieu, parce que bien souvent plus immédiate, mais cela n'empêche pas que la substituabilité du côté de l'offre peut, à l'issue d'un test sérieux mais non concluant du côté de la demande, déterminer la définition d'un marché.

---

<sup>15</sup> Projet de décision, point 4:50 (version consultation publique 0.32).

Il n'y a pas lieu d'être « d'autant plus » sévère dans l'examen de la substituabilité du côté de l'offre que le test du côté de la demande s'est révélé négatif. L'exercice de définition d'un marché exige la démonstration d'une substituabilité : si elle ne peut être démontrée du côté de la demande, on examinera du côté de l'offre ; ces deux « types » de substituabilité permettent, autant l'un que l'autre, de parvenir à la conclusion qu'une substituabilité existe, et partant qu'un marché ne doit pas être scindé. Ou pour le dire simplement, un seul côté suffit. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, en cas de test concluant du côté de la demande, l'IBPT ne vérifie pas ce qu'il en est du côté de l'offre.

*b. L'analyse de l'IBPT n'est pas lacunaire ni purement théorique*

33.

L'IBPT a déterminé dans la Décision qu'il existait, du côté de l'offre, une substituabilité suffisante du haut vers le bas débit. Les opérateurs proposant des segments terminaux à haut débit sont, en effet, susceptibles, rapidement et sans investissements importants, de fournir des segments terminaux à bas débit. Il y a lieu par conséquent d'inclure le produit examiné, les segments à bas débit, dans le même marché que les segments à haut débit.

Proximus fait grand cas de ce que cette substituabilité serait « à sens unique » (du haut vers le bas débit).

Cependant, examiner la substituabilité dans le sens du bas vers le haut débit n'aurait pas présenté d'intérêt réel, du fait de l'absence d'opérateur alternatif ne fournissant que du bas débit. L'IBPT pouvait dès lors se limiter à analyser la substituabilité du haut vers le bas débit.

La substituabilité en un seul sens suffit à conclure à une absence de segmentation du marché.

C'est également ainsi que le régulateur a retenu une substituabilité dans le cadre de la régulation du câble, entre les services de télévision analogique et numérique<sup>16</sup>. Intervenant au soutien de la CRC dans le cadre des recours introduits contre cette décision par les câblo-opérateurs, c'est sans équivoque que Proximus a souligné qu'« une substitution dans une direction ne s'oppose (...) pas du tout à ce que des produits et services spécifiques soient intégrés dans un même marché de produits (...). Il existe en effet bel et bien plusieurs exemples de cas où la substituabilité à sens unique suffit »<sup>17</sup>.

34.

Proximus conteste le faible niveau des investissements et le temps limité requis pour pouvoir fournir du bas débit sur un réseau en fibres existant.

---

16 Décision de la CRC du 1er juillet 2011 concernant l'analyse du marché radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-capitale, § 198.

17 Conclusions de synthèse de Proximus du 2 décembre 2013 dans les affaires jointes 2011/AR/2261 e.a., § 118 ; l'IBPT souligne

Techniquement, un service de transmission à bas débit peut être acheminé sur une fibre optique. Il n'est donc pas nécessaire de déployer un réseau à bas débit pour la fourniture de lignes louées à bas débit. Un opérateur alternatif pourra donc, dans les zones qu'il couvre en fibres, fournir du bas débit sans devoir supporter aucun investissement supplémentaire dans de l'infrastructure passive. Il conviendra cependant d'équiper cette fibre à chacune des extrémités afin de pouvoir fournir un segment terminal à bas débit. Du côté de l'utilisateur, le coût d'un modem optique à bas débit est limité, ce que Proximus ne conteste pas. Du côté du réseau, le fournisseur devra installer dans le nœud reliant cette fibre à l'express ring des équipements adaptés au bas débit, en l'occurrence un châssis pour équipements de multiplexage et un autre pour les modems optiques. Cet investissement est également limité.

La Décision évoque le montant de 10.000 euros par nœud, ce qui correspond à un total de 100.000 euros environs pour une couverture nationale.

Cet investissement de l'ordre de 100.000 euros pour une couverture nationale en bas débit peut ainsi être comparé aux 13 à 22 millions d'euros de revenus générés annuellement sur le marché de détail des lignes louées à bas débit. C'est en effet, en grande partie, en fonction des opportunités commerciales qu'offrent le ou les marchés de détail en aval qu'un opérateur décidera ou non d'investir dans sa propre infrastructure et ainsi d'étendre ses activités sur le marché de gros en amont. Amorti sur une période de 3 à 5 ans, l'investissement requis pour adapter au bas débit une infrastructure à haut débit représente donc approximativement 0,1% des revenus annuels générés sur les lignes louées à bas débit.

Cet investissement de l'ordre de 100.000 euros pour une couverture nationale en bas débit dans les zones couvertes en haut débit peut surtout être comparé aux 36 millions d'euros de revenus générés annuellement sur le marché de gros des segments terminaux à bas débit en 2012<sup>18</sup>. Amorti sur une période de 3 à 5 ans, l'investissement requis pour adapter au bas débit une infrastructure à haut débit représente donc un montant nettement inférieur à 0,1% des revenus annuels générés sur les segments terminaux à bas débit. Sachant que le nombre d'opérateurs alternatifs sur le marché de gros est relativement limité, le ratio moyen entre coûts d'adaptation au bas débit et revenus propres tirés du marché de gros devrait être, à titre indicatif, inférieur à 1% pour une couverture nationale. Sachant cependant que beaucoup d'opérateurs alternatifs ne disposent pas d'une couverture nationale et devraient donc équiper moins de dix nœuds (dans un premier temps du moins), l'investissement médian pour offrir du bas débit sur une portion du territoire est donc encore plus modéré que le point de pourcentage cité.

35.

Proximus conteste que les fournisseurs de lignes à haut débit soient effectivement enclins à fournir du bas débit. La fourniture de segments à bas débit ne présenterait aucun intérêt

---

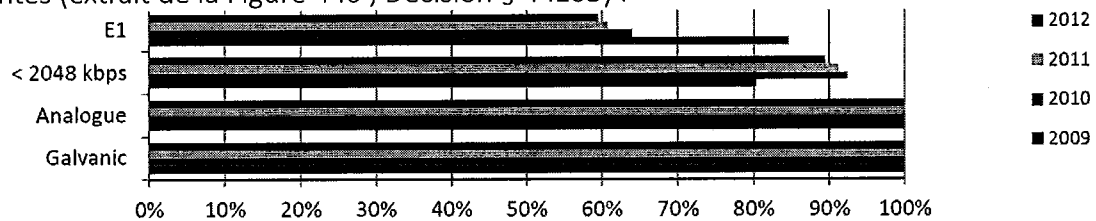
18 Montant calculé par l'IBPT sur la base des données statistiques confidentielles communiquées par les opérateurs (voir Pièce 7.26 du dossier administratif).

commercial pour les fournisseurs à haut débit en raison de la « grande attractivité sur le plan tarifaire de l'offre BROTSOLL ».

Abstraction faite de la régulation tarifaire qui y est imposée, la question de cet intérêt ne devrait pourtant soulever aucune discussion.

Dans les zones que couvrent les fournisseurs alternatifs, l'utilisation de la fibre pour fournir des segments à bas débit leur permet en effet de générer du volume et des revenus supplémentaires pour un coût incrémental limité, comme l'IBPT vient de le démontrer. Plusieurs fournisseurs ont bien compris l'intérêt d'une telle stratégie. Colt, par exemple, fournit des segments terminaux à bas débit, dans certaines zones ou localités, en complément de ses segments à haut débit<sup>19</sup>. Les parties intervenantes le confirment également.

Par ailleurs, Les parts de marchés de Proximus sur les segments de gros à bas débit sont les suivantes (extrait de la Figure 4 :6 ; Décision § 4 :105) :



On constate ainsi, pour les segments à 2 Mbit/s (E1), qui sont en volume les segments de gros à bas débit les plus demandés, qu'en 2012, plus de 40% de ces segments étaient fournis par des fournisseurs alternatifs à haut débit<sup>20</sup>.

Même en tenant compte des autres types de segments à bas débit (numériques inférieurs à 2048 kbit/s, analogiques et galvaniques), le volume total des segments à bas débit fournis par des opérateurs alternatifs en 2012 dépasse largement les 30%.

Ces données permettent de confirmer sans doute possible que de nombreux opérateurs alternatifs ont effectivement utilisé ou adapté leurs capacités à haut débit pour offrir des segments de gros à bas débit, le cas échéant en complément des produits de gros achetés auprès de Proximus, de sorte qu'un degré suffisant de substituabilité existe du côté de l'offre du haut vers le bas débit.

36.

Proximus reproche à l'IBPT de n'avoir pas fourni, dans le cadre du test du monopoleur hypothétique, de données chiffrées relatives aux prix pratiqués pour l'offre de segments

<sup>19</sup> Voir, par exemple, Pièces 6.27 et 6.33 du dossier administratif.

<sup>20</sup> L'IBPT indique que ces 40% de segments E1 sont fournis par Telenet, MES, Colt, Syntigo, Tecteo, Mobistar, Brutélé et Sofico, toutes présentes sur le haut débit.

terminaux à bas débit. Ce serait « plus que parlant » et « pour le moins piquant », insiste Proximus.

Les données réelles, et non simplement hypothétiques, démontrent pourtant et sans conteste que de nombreux opérateurs alternatifs fournissent effectivement des segments à bas débit sur leurs fibres à haut débit. Les parts de marchés des opérateurs alternatifs (de l'ordre de 40 %) sur les segments E1 le démontrent sans doute possible (cfr supra).

L'argument de Proximus fait en outre abstraction du fait que le test du monopoleur hypothétique repose sur le postulat que Proximus augmenterait durablement le prix de ses segments terminaux à bas débit, toute autre chose égale par ailleurs. Cela signifie qu'une marge supérieure à celle actuellement en vigueur pourrait être tirée des segments à bas débit. Une augmentation de l'ordre de 10% du prix des segments terminaux à bas débit permettrait ainsi de doubler la marge unitaire. Sachant que les segments de gros fournis par les opérateurs alternatifs sont en général 20% inférieurs au prix des segments de détail, l'augmentation du prix de Proximus sur le marché de gros et donc corrélativement sur le marché de détail, pourrait inciter des opérateurs alternatifs présents sur les segments à haut débit à entrer sur des lignes à plus bas débit ou ceux déjà présents à développer leurs activités à bas débit.

Qui plus est, des opérateurs alternatifs pourraient accepter de tirer des segments à bas débit une marge relativement limitée (tout en étant supérieure au niveau actuel) afin de diversifier la palette des débits qu'ils offrent déjà, et ainsi améliorer l'attractivité de leurs services vis-à-vis des clients finals. Au vu du mode de commercialisation des lignes louées, cette possibilité apparaît suffisamment crédible, ce que montre l'exemple de Colt.

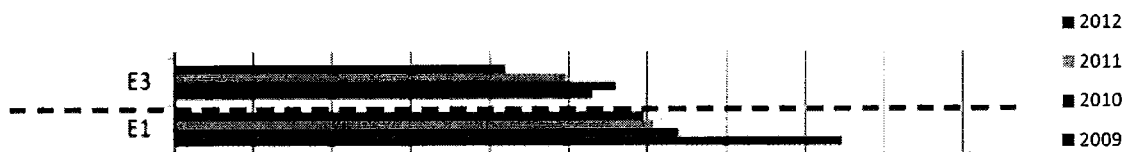
*c. Quant à l'absence alléguée de prise en compte des conditions concurrentielles hétérogènes*

37.

Pour l'IBPT, l'existence de conditions concurrentielles hétérogènes concerne avant tout l'appréciation du pouvoir de marché que Proximus exerce sur ses concurrents, et non la définition du marché.

En tout état de cause, Proximus ne démontre pas que l'IBPT n'a pas tenu compte des conditions concurrentielles clairement différentes caractérisant la fourniture des différents débits et que ces conditions étaient hétérogènes.

Les conditions de concurrence prévalant sur les segments E1 et E3 sont, de ce point de vue, particulièrement intéressantes puisque, selon Proximus, c'est précisément entre ces deux types de segments que la chaîne de substituabilité se brise et que l'IBPT aurait dû tracer la démarcation entre le bas et le haut débit.



Il s'avère que ce sont les mêmes opérateurs qui fournissent les segments E1 et E3 comme d'ailleurs les segments d'un débit plus élevé, et c'est au moyen du même réseau à haut débit que tous ces opérateurs fournissent les segments E1 à bas débit. Proximus est le principal fournisseur des segments E1 et E3, avec des parts de marché avoisinant grosso modo les 50%.

Suit le même trio d'opérateurs alternatifs, Telenet, Mobistar et Colt, ces deux dernières intervertissant leur place respective sur l'un et l'autre des segments. Viennent ensuite les mêmes fournisseurs – Syntigo, Tecteo, Brutélé et Sofico – dans un ordre identique. Les conditions de concurrence sur les segments inférieurs ou égaux à 2 Mbits/s (p. ex. E1) et supérieurs à 2 Mbit/s (p. ex. E3) ne sont donc pas « sensiblement différentes ». L'IBPT s'en est d'ailleurs expliqué auprès de la Commission européenne.

Il convient, en outre, de tenir compte de la dimension géographique. En effet, la pression concurrentielle que les fournisseurs alternatifs sont susceptibles d'exercer à l'encontre de Proximus n'est pas tant une question de débit mais dépend, bien davantage, de la présence d'infrastructures alternatives aux extrémités locales concernées par le segment terminal à fournir. Si en ce point, un ou plusieurs opérateurs alternatifs disposent de ressources propres, Proximus devrait subir une certaine pression concurrentielle sur le haut et le bas débit. Et cette pression devrait être d'autant plus importante que le nombre d'infrastructures alternatives en ce point est élevé. Par contre, en l'absence d'infrastructures alternatives à cet endroit, cette pression devrait être faible, voire inexistante, à court terme, tant pour le bas débit que pour le haut débit.

Les parts de marchés des opérateurs alternatifs sur le haut débit au niveau national doivent donc être nuancées en fonction de la situation réelle prévalant en un point spécifique du territoire. En un point, cette pression peut ainsi être plus vive que ce que ne révèlent les parts de marchés au niveau national, mais elle peut tout aussi bien être moins contraignante que ce que ne laissent penser ces parts de marchés nationales.

En somme, la question de l'hétérogénéité des conditions de concurrence qu'avance Proximus concerne avant tout l'étendue et la capillarité des infrastructures alternatives. L'IBPT a motivé, en détail, les raisons pour lesquelles il n'était pas approprié, pour des questions essentiellement de sécurité juridique, de refléter cette hétérogénéité dans une segmentation géographique du marché pertinent. Proximus n'a soulevé aucun moyen d'annulation à l'encontre de cet aspect de la Décision, ce qui clôt définitivement ce débat.

d. *Quant au mode de commercialisation des lignes louées*

La Décision constate que la demande de segments terminaux de lignes louées porte, dans un nombre significatif de cas, non pas sur une capacité de transmission individuelle entre deux points spécifiques, mais sur un ensemble de capacités de débits différents entre un nombre déterminé de sites distincts à connecter.

Au vu de ce mode de commercialisation, un fournisseur qui ne fournirait que des segments à haut débit pourrait, si Proximus augmente le prix de ses segments à bas débit, être incité à adapter son outil de production afin de pouvoir fournir des segments à bas débit en complément de ceux à haut débit et ainsi augmenter son attractivité vis-à-vis des acheteurs d'un ensemble de lignes multi-sites de débits différents.

L'IBPT a dès lors considéré que cet élément particulier était de nature à renforcer le constat de la substituabilité du côté de l'offre des segments de tous débits et, de la sorte, l'inclusion des segments à haut débit dans le même marché que celui des segments à bas débit. Le simple fait que ce troisième élément n'ait pas permis de définir, avec suffisamment de certitude, un marché de tous débits au premier stade de l'analyse, celui de la substituabilité du côté de la demande, ne signifie nullement qu'il ne pourrait être utile pour appuyer ou vérifier le bien-fondé de la conclusion tirée au stade suivant de l'analyse, celui de la substituabilité du côté de l'offre.

39.

Les considérations relatives au mode de commercialisation ne sont pas qu'intuitives, mais reposent sur les pratiques commerciales éprouvées des opérateurs, dont Proximus. L'IBPT reprend en conclusions une série d'exemples, dont certaines sont confidentiels. Ces exemples illustrent le fait que le client final lance en général un appel d'offres pour une infrastructure comportant les lignes à débits différents, parfois une palette de différents débits, et que, de même, pour les contrats de gros, ceux-ci incluent aussi une palette de différents débits.

40.

Enfin, l'IBPT a expliqué l'importance de cet élément à la Commission européenne, en réponse à une question de sa part sur ce point (question 3.5.).

L'IBPT lui a ainsi indiqué que le volume des segments terminaux fournis dans le cadre de contrats multi-débits était de l'ordre de 40% des segments fournis' pourcentage approximé sur la base d'informations confidentielles fournies par les opérateurs alternatifs. L'IBPT a alors indiqué à la Commission que : « la conclusion que tous les débits appartiennent au même marché en raison de la substituabilité du côté de l'offre est renforcée par le fait qu'une part significative des contrats de détail comportent des lignes de différents débits »<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Traduction du texte original en anglais: " the conclusion that all bandwidths belong to the same market due to supply-side substitution is strengthened by the fact that a significant part of the retail contracts include lines of various bandwidths ».

Cette explication n'a suscité aucune observation de la Commission par la suite.

Il n'y a dès lors ni incohérence manifeste ni défaut flagrant de motivation de la Décision sur ce point.

*e. Quant à l'incohérence reprochée par rapport aux débits*

41.

Proximus reproche à l'IBPT de manquer de cohérence quant à la notion de débit à travers les différents tests de substituabilité qu'il a effectués. Ainsi, la notion de débit utilisée dans le cadre de l'analyse de substituabilité entre segments terminaux de débits différents serait différente de celle utilisée dans le cadre de l'analyse de substituabilité entre segments terminaux de lignes louées et accès dégroupés à la boucle locale.

Cette lecture de la Décision n'est pas correcte.

Du côté de la demande, les différences entre une paire de cuivre dégroupée et une ligne louée sont nombreuses. D'une part, la paire de cuivre est un élément d'infrastructure physique fourni à l'état brut alors que le segment terminal est un service offrant une capacité de transmission. D'autre part, la paire de cuivre ne remonte que jusqu'au commutateur de Proximus le plus proche de l'utilisateur final (en principe, le LEX), sur une distance de quelques centaines de mètres, alors que le segment terminal peut remonter jusqu'à un nœud de l'express ring, c'est-à-dire beaucoup plus haut dans le cœur du réseau de transport de Proximus. Par ailleurs, une ligne louée comprend le contrôle de cette ligne et une gestion proactive des pannes et incidents qui peuvent survenir, ce dont ne bénéficie pas un acheteur d'une boucle dégroupée. Pour le dire simplement, la paire de cuivre dégroupée peut être un composant pour construire un certain type de segment terminal, mais ne remplace pas par elle-même le service assuré par un segment terminal.

L'IBPT considère que le dégroupage n'est pas un substitut du segment terminal, non pas uniquement pour des questions de débits, mais essentiellement en raison de différences importantes au niveau notamment de la nature (une portion de l'infrastructure passive versus un service d'une qualité donnée) de ces deux éléments et des points du réseau que ces éléments relient (commutateur le plus proche de l'utilisateur final versus nœud de l'express ring). La boucle locale constitue donc tout au plus un élément local de l'infrastructure physique sous-jacente au service de transmission fourni par les segments terminaux de débits inférieurs ou égaux à 10 Mbit/s. La notion de débits, dans ce débat, n'est dès lors pas déterminante.

Aucune incohérence manifeste n'entache dès lors la Décision sur ce point.

*f. Quant au benchmark*

42.

Proximus formule deux critiques, qui peuvent apparaître quelque peu contradictoires. D'une part, elle reproche à l'IBPT de s'être contenté d'un simple benchmark en guise d'analyse de la substituabilité des segments terminaux, ce qui serait contraire aux exigences légales. D'autre part, elle soutient que l'IBPT aurait dû scinder le marché entre bas et haut débit parce que, selon elle, la plupart des régulateurs l'ont fait.

La critique de Proximus est vaine. L'IBPT ne s'est pas contenté d'un benchmark en guise d'analyse. Une lecture, même rapide, de la Décision permet de le constater.

Si, certes, l'IBPT a complété sa propre analyse de la substituabilité des segments terminaux par débits par des informations de benchmark, il l'a fait pour le bon ordre, par acquit de conscience, en somme à titre accessoire.

L'IBPT a fourni une motivation suffisante et sérieuse de la définition du marché pertinent, indépendamment des informations de benchmark, de sorte que ces informations auraient très bien pu être omises de la Décision sans altérer la qualité de l'argumentation avancée par l'IBPT.

Le benchmark repris au paragraphe 4:61 de la Décision ne constitue en aucun cas «un élément déterminant du choix de l'IBPT de ne pas segmenter le marché en fonction du débit». Son examen est surabondant.

43.

En outre, en l'espèce, il s'est avéré que les enseignements qui pouvaient en être tirés étaient limités. Si certains régulateurs en scindant les segments terminaux en fonction des débits ont choisi, dans les circonstances nationales qui leur sont propres, de s'écarter de la définition retenue par la Commission dans sa recommandation sur les marchés pertinents, nombreux sont ceux qui se sont rangés à la position de la Commission, en définissant un seul marché incluant tous les débits.

Les données les plus récentes confirment d'ailleurs cette tendance. Depuis l'adoption de la Décision contestée, trois régulateurs ont publié leur nouvelle analyse du marché de gros des segments terminaux. Le constat est limpide : on ne peut certainement pas y voir la confirmation d'une pratique qui s'avèrerait, pour paraphraser Proximus, «plutôt aller dans le sens opposé de la conclusion à laquelle est parvenu l'IBPT».

La définition de marché souhaitée par Proximus – à savoir deux segments (et non pas trois ou quatre), qui plus est, subdivisés à 2 Mbit/s (et non pas à 8, 10 ou 45 Mbits/s) – n'a ainsi été retenue que par un quart des régulateurs, tout au plus : A savoir, les régulateurs autrichien, tchèque, grec, hongrois, lituanien, roumain et slovaque, soit 7 sur les 28 régulateurs (Décision, point 4:61).

Non seulement la définition que préconise Proximus est celle d'une minorité d'Etats membres mais, en outre, Proximus est bien en peine d'expliquer en quoi les caractéristiques propres du marché belge seraient identiques à celles prévalant dans ces quelques Etats membres ayant retenu cette subdivision. Il ne ressort donc certainement pas de ce benchmark une pratique harmonisée au niveau européen à l'appui d'une segmentation du marché en fonction des débits, et encore moins à l'appui de celle défendue par Proximus dans son moyen d'annulation.

*g. Quant au grief d'amalgame entre marchés de détail et de gros*

44.

Proximus reproche à diverses reprises à l'IBPT d'avoir extrapolé la structure du marché de gros sur la base de données du marché de détail des lignes louées, ce qui fausserait le test de substituabilité réalisé au niveau de gros. Elle se réfère aux parts de marchés et au mode de commercialisation.

Cette critique ne peut être accueillie.

S'agissant des parts de marchés, l'IBPT a collecté de nombreuses données dans le cadre de l'analyse de marché. C'est sur la base de ces statistiques que l'IBPT a calculé les parts de marché des opérateurs présents sur le marché de gros, reprises dans la Décision. Et ces parts de marchés ont été calculées exclusivement sur base de données relatives au marché de gros.

En cela, effectivement, l'approche de l'IBPT tranche singulièrement avec la méthode suivie dans le cadre de la précédente analyse de marché. En raison de la piètre qualité des données fournies à l'époque par les opérateurs, le régulateur avait, en effet, dû compléter les données de gros par des extrapolations indirectes, notamment en lien avec le marché de détail des lignes louées, ce qui pouvait apparaître dans une certaine mesure insatisfaisant d'un point de vue méthodologique.

Cela explique le fait que les graphiques présentés dans la Décision ne reposent que sur les « nouvelles données disponibles » à partir de 2009 et ne présentent dès lors pas la situation prévalant du temps de la précédente analyse de marché.

Le reproche de Proximus est donc totalement inapproprié.

45.

S'agissant du mode de commercialisation, les questions posées par l'IBPT dans le cadre de l'analyse de marché concernaient bien le marché de gros des segments terminaux. C'est en préambule de celui-ci, que l'IBPT a posé la question des contrats multi-débits. Mobistar a ainsi donné une approximation des contrats de gros multi-débits fournis à d'autres opérateurs (« for carrier »). Proximus a fourni un aperçu de ses clients de gros

(« *groothandelsklanten* »), en précisant le type de débits inclus dans les contrats signés avec ces derniers. Colt s'est contentée de donner un pourcentage, qui ne pouvait ne concerner que le marché de gros, vu l'objet du questionnaire. Syntigo et Telenet ont également répondu à cette question, sans contre-indication. Ces données se retrouvent également dans la réponse de ces opérateurs au questionnaire statistique.

La circonstance que certains se seraient en réalité référés au marché de détail n'altère en rien la conclusion qui en a été tirée. Les opérateurs qui répondent à la demande d'utilisateurs finals pour des contrats multi-débits doivent, en effet, s'ils ne disposent pas de toutes les ressources internes nécessaires à la fourniture d'un tel contrat, obtenir sur le marché de gros le panel de segments requis. Le fournisseur de segments terminaux qui ne pourra pas offrir cet assortiment de segments terminaux de débits différents perdra en flexibilité et aura, dès lors, moins de chance de se voir octroyer le marché.

C'est également en cela qu'est parfaitement justifiée la conclusion dans la Décision selon laquelle, « le mode de commercialisation des lignes louées de gros crée une relation entre les lignes de différents débits du fait qu'il est fréquent qu'un même contrat porte sur des lignes de différents débits. Il ressort des réponses à un questionnaire de l'IBPT que les commandes portant sur des lignes de différents débits peuvent représenter une forte proportion du total des achats de lignes louées de gros » (§ 4 :53 de la Décision).

Le reproche de Proximus est donc sans pertinence ou, à tout le moins, sans impact direct sur la qualité de l'analyse de l'IBPT.

*h. Quant à l'absence de mesures réglementaires différenciées (thèse subsidiaire de Proximus)*

46.

Contrairement à ce que soutient Proximus, sur le plan des principes, la différenciation des remèdes au sein d'un marché pertinent est une faculté laissée à l'appréciation du régulateur, et non pas une obligation que ce dernier devrait mettre en œuvre chaque fois que la structure concurrentielle du marché défini ne serait pas parfaitement homogène.

Bien entendu, les remèdes imposés doivent être fondés sur la nature du problème constaté sur le marché analysé et proportionnés au regard des objectifs poursuivis par le régulateur sur ce marché. C'est, en effet, à l'aune du marché défini, considéré dans sa globalité, qu'il convient d'apprécier le caractère approprié des obligations imposées.

Cela n'empêche pas le régulateur, dans le cadre de sa marge d'appréciation, d'affiner certains remèdes à certaines circonstances rencontrées sur le marché régulé. C'est ce qu'exprime clairement la Décision : « *la délimitation de marchés pertinents n'interdit pas au régulateur*

*d'adopter des mesures de régulation différenciées au sein de ces marchés » (Décision, § 1 :41). Mais il ne s'agit pas pour autant d'une obligation de moduler chacun des remèdes à chacune des particularités rencontrées sur ce marché.*

Qui plus est, s'agissant de mesures *ex ante*, il est évidemment impossible pour l'IBPT de démontrer mathématiquement que le remède favorisera la concurrence sur le marché pertinent. Il suffit de démontrer que le remède répondra raisonnablement aux attentes sur le marché régulé, ce qui a été fait en l'espèce.

L'interprétation particulièrement extensive du cadre réglementaire que propose Proximus – exigeant que soit apportée la preuve de l'adéquation d'un remède à tout épiphénomène qui existerait ou surviendrait sur le marché – ne reçoit aucun soutien dans la jurisprudence de la Cour d'appel ou la pratique de la Commission.

47.

D'autre part, la Décision procède à certaines différenciations.

La Commission s'est référée, dans observations, au choix de l'IBPT d'adopter « des mesures correctrices différenciées, conformément à l'exposé des motifs de la recommandation concernant les marchés pertinents ». Effectivement, l'IBPT a, en effet, fait usage de cette faculté, en allégeant la régulation imposée à Proximus de deux manières.

D'une part, l'obligation d'orientation sur les coûts n'est pas imposée pour les sections locales des lignes en fibre, alors que cette obligation est imposée pour les sections locales en cuivre utilisées essentiellement pour le bas débit.

D'autre part, l'interdiction imposée à Proximus de créer des effets de ciseaux tarifaires ne s'applique plus, quel que soit le débit, dans les zones dans lesquelles la pression concurrentielle exercée par les opérateurs alternatifs est plus vive, ce qui est plus particulièrement le cas sur les plus hauts débits. La Décision précise à ce propos qu' « *au stade de la définition de la portée géographique du marché, l'IBPT a constaté qu'il existait des quartiers où plusieurs réseaux de fibres optiques ont été déployés et où l'opérateur historique est confronté à des opérateurs qui, localement, offrent des lignes louées constituées de fibres optiques. Bien que la dynamique concurrentielle soit suffisamment homogène pour conclure que le marché géographique est national, les fibres optiques déployées par des opérateurs alternatifs sont susceptibles d'induire localement une certaine différence en termes de conditions de concurrence. L'IBPT estime dès lors approprié de tenir compte de l'existence de fibres optiques à certains endroits pour ce qui concerne l'application concrète de l'interdiction de pratiquer des prix ciseaux » (Décision, § 4 :365). Dans les zones caractérisées par la présence d'au moins deux infrastructures alternatives, Proximus bénéficie par conséquent de l'absence de différenciation des remèdes par débit : l'allègement du contrôle tarifaire y est applicable quel que soit le débit. Si l'IBPT avait suivi l'approche suggérée par Proximus, cette*

dernière aurait perdu le bénéfice de cet allègement pour les bas débits sur lesquels elle reste le principal (voire à certains endroits, l'unique) fournisseur.

48.

Il convient, enfin, d'apprécier l'approche réglementaire suivie par l'IBPT au regard de la dimension géographique du marché régulé.

La pression concurrentielle que subit Proximus dépend, en grande partie, de la présence ou non d'infrastructures alternatives dans un quartier donné.

Si cette pression est forte du fait de la présence de plusieurs opérateurs alternatifs au niveau des extrémités locales des segments à fournir, il est probable que l'obligation imposée à Proximus de fournir des segments terminaux dans les conditions fixées ne soit pas utilisée intensément. Les opérateurs présents à cet endroit devraient en effet privilégier l'utilisation de leurs propres ressources. Proximus ne supportera aucun coût, ni aucun désavantage concurrentiel à y rendre disponible une offre de référence qui resterait en pratique peu exploitée. L'on constate d'ailleurs que l'offre de référence existante n'a pas empêché Proximus d'offrir en parallèle une offre commerciale.

C'est, par contre, essentiellement dans les quartiers ou sections de rue dans lesquels la pression concurrentielle est faible, voire inexistante, parce qu'en dehors du footprint des infrastructures alternatives, que l'obligation de fournir ces segments terminaux devrait surtout se matérialiser. Cela vaut pour les zones rurales comme les zones à forte densité économique, pour le bas débit comme pour le haut débit.

Il n'est donc pas correct de soutenir que le simple fait de détenir des parts de marchés moindres au niveau national sur les segments à haut débit justifierait, en soi, d'alléger voire de supprimer toute régulation sur de tels segments. Il n'est pas non plus correct de prétendre que la Décision ne contiendrait aucune mesure régulatrice adaptée à la structure concurrentielle du marché, notamment dans les quartiers où plusieurs réseaux alternatifs en fibres ont été déployés.

Dans ces conditions, le moyen de Proximus doit être écarté.

*(iii) Position des parties intervenantes*

49.

Les Parties Intervenantes contestent la position de Proximus et souhaitent attirer l'attention de la Cour sur un certain nombre de points qu'elles considèrent importants.

50.

Les fournisseurs de segments terminaux de lignes louées en Belgique sont en mesure d'offrir indistinctement des lignes louées à haut et à bas débit.

Proximus affirme qu'un fournisseur qui offrirait des segments terminaux de lignes louées à bas débit (basées sur le cuivre) ne serait en mesure d'offrir une solution à haut débit (basée sur la fibre) qu'en consentant des investissements importants tant en termes financiers qu'en terme de temps de déploiement nécessaire.

Cependant, une définition de marché ne peut se concevoir de manière abstraite. Bien au contraire, une telle définition présuppose la prise en compte de la réalité commerciale du marché à définir. Il ne s'agit donc pas ici de déterminer, dans l'absolu, si un fournisseur considéré *in abstracto* pourrait migrer rapidement et sans difficulté du segment potentiel des bas débits vers le segment potentiel des hauts débits. Il y a lieu au contraire d'examiner la situation au regard des conditions de concurrence prévalant effectivement en Belgique.

Quant à l'intérêt commercial des fournisseurs de segments terminaux de lignes louées d'offrir (ou de pouvoir offrir sans investissement significatif), en ce qui concerne la position effective des opérateurs sur le marché, les parties intervenantes confirment qu'il est en principe raisonnable d'un point de vue commercial de recourir à une infrastructure existante en fibre pour satisfaire les demandes de clients pour du bas débit. Elles citent des exemples en ce sens (cfr leurs conclusions, p. 8)

Certes, les exemples donnés concernent le marché de détail des lignes louées et non le marché de gros. Cependant, il est évident que le marché de gros en amont reflète nécessairement les caractéristiques et le mode de fonctionnement du marché de détail en aval. Les offreurs sur le marché de gros ne peuvent agir sans prendre en compte la demande des acheteurs sur ce marché, qui est elle-même tributaire des préférences des clients finaux. En cela, les exemples concernant le marché de détail sont tout à fait pertinents.

En ce qui concerne le niveau des investissements requis, les parties intervenantes notent que Proximus réclame une analyse de la rentabilité des investissements en cause et du temps de déploiement nécessaire.

Ces investissements ne sont pas significatifs. Il convient de rappeler que les lignes de tous débits sont intégrées. Dans l'expérience des parties intervenantes, aucune contrainte technique particulière et aucun investissement significatif n'empêche un opérateur alternatif d'offrir du bas débit sur son infrastructure en fibre. Bien au contraire, en règle générale, seule une reconfiguration des routeurs sur les sites des clients sera nécessaire dans la mesure où ceux-ci peuvent fonctionner avec une palette de débits (couvrant au moins 64KB à 1GB). Aucun équipement additionnel spécifique ne sera nécessaire à cet égard. La reconfiguration sera opérée par un technicien envoyé par l'opérateur alternatif qui sera en principe à même de prêter son service en une journée. On est donc loin des efforts en termes de temps et de coûts que Proximus semble suggérer.

51.

Les parts de marché variables de Proximus selon le débit offert sont sans effet sur la définition de marché retenue par l'IBPT.

En effet, ces parts de marché différentes ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour en déduire l'existence de marchés distincts.

52.

Le mode de commercialisation des segments terminaux de lignes louées confirme la nécessité d'inclure les différents débits dans le même marché pertinent.

Dans la conclusion de l'analyse relative à la substituabilité des segments terminaux de lignes louées de différents débits, l'IBPT se réfère non seulement à la substituabilité du côté de l'offre mais également au mode de commercialisation des lignes louées de gros pour justifier l'inclusion des différents débits dans le marché pertinent.

La référence par l'IBPT au mode de commercialisation n'est pas critiquable ni contradictoire. L'IBPT a simplement considéré que la commercialisation conjointe des hauts et des bas débits n'était pas un facteur suffisant pour conclure à une substituabilité du point de vue de la demande eu égard aux autres facteurs affectant ladite substituabilité. Cela ne signifie pas pour autant que l'argument relatif au mode de commercialisation soit intrinsèquement vicié. Il peut donc valablement être pris en considération dans le cadre d'un raisonnement relatif à la substituabilité du côté de l'offre.

Les pratiques commerciales sur le marché analysé, et notamment la manière et les conditions selon lesquelles des biens ou services sont offerts aux clients potentiels, sont typiquement prises en considération par les autorités de la concurrence lorsqu'elles procèdent à la délimitation des marchés pertinents. Elles peuvent conduire une autorité de la concurrence à inclure dans un même marché pertinent un ensemble de biens ou de services qui sont généralement offerts ensemble, quand bien même ces biens ou services pris individuellement ne seraient pas nécessairement substituables aux yeux des acheteurs. Il est donc tout à fait pertinent d'analyser le mode de commercialisation des lignes louées.

A cet égard, l'argumentation de Proximus est démentie par la réalité commerciale (dont Proximus affirme par ailleurs qu'elle doit présider à l'exercice de définition du marché pertinent). Non seulement, les parties intervenantes doivent être en mesure d'offrir toutes les capacités (tant du bas débit que du haut débit) à leurs clients, mais, de surcroît, il est fréquent que les relations contractuelles avec les clients couvrent plusieurs sites pour lesquels des capacités différentes sont requises.

**C. Appréciation par la cour**

### Principes directeurs

53.

En vertu de l'article 2, § 1 de la Loi IBPT-recours, les décisions de l'IBPT peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés.

La cour rappelle que l'exercice du pouvoir de pleine juridiction dont le législateur l'a investi implique qu'elle peut prendre en considération toutes les données factuelles pertinentes et toutes les règles de droit applicables, au moment de l'adoption de la décision, pour répondre aux moyens des parties. Ceci implique qu'en cas de motivation inadéquate de la Décision attaquée, l'Institut pourra compléter cette motivation dans le cadre de la présente procédure (cfr Bruxelles, 1<sup>er</sup> juin 2010, RG 2009/AR/3015, § 43.- Bruxelles 30 juin 2009, RG 2006/AR/1332-2628-2629- 2007/AR/3394 – 2008/AR/425 – 427, § 64).

54.

Dans le même temps, la cour doit tenir compte du principe de la séparation des pouvoirs et de la marge d'appréciation reconnues aux autorités de régulation, telle en l'espèce l'IBPT. Ce principe s'oppose à ce qu'un juge prive une autorité administrative de la liberté d'appréciation dont elle dispose et se substitue à elle.

La marge d'appréciation dont dispose l'IBPT dans sa fonction réglementaire n'est pas contestée. Proximus l'admet en conclusions (p. 49, § 59), indiquant que la tâche de la cour « *n'est pas de refaire en tous points l'analyse du régulateur mais se limite à vérifier les éventuelles erreurs manifestes d'appréciation qu'il aurait commises* ». Cette marge d'appréciation est d'ailleurs rappelée dans les Lignes Directrices, qui indiquent que les ARN « *jouissent de pouvoirs discrétionnaires qui témoignent de la complexité de l'ensemble des facteurs déterminants qu'elles doivent apprécier (aspects économiques, factuels et juridiques) pour recenser les marchés pertinents et repérer les entreprises pertinentes sur le marché. Ces pouvoirs discrétionnaires demeurent néanmoins subordonnés aux procédures prévues aux articles 6 et 7 de la directive Cadre* » (§ 22).

Naturellement, le pouvoir d'appréciation de l'Institut doit s'exercer dans le respect du cadre réglementaire, en particulier de la LCE, la cour pouvant sanctionner toute violation de la loi.

55.

La Cour peut donc annuler la décision qui fait l'objet d'un recours pour violation de l'obligation formelle de motivation - mais en sachant que l'IBPT peut sauver la motivation en apportant un complément de motivation devant la Cour -, pour violation de la loi, ou encore dans le cas d'une erreur manifeste d'appréciation dans le cadre d'un pouvoir d'appréciation.

En l'espèce, les griefs formulés par Proximus invoquent soit une violation de l'obligation de motivation – motivation non adéquate, soit une erreur manifeste d'appréciation, soit une combinaison des deux.

Griefs touchant à la substituabilité (griefs i à iii de Proximus)

56.

Le marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, « quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée » est repris à l'annexe de la Recommandation 2007, comme marché pertinent n° 6.

La Commission a donc estimé en 2007, faisant application des principes du droit européen, que ce marché, quelle que soit la technologie utilisée et quel que soit également le débit, n'était *a priori* pas concurrentiel et satisfaisait aux « trois critères » (cfr *supra*).

57.

Conformément à l'article 15.3 de la Directive Cadre et à l'article 54 de la LCE, il appartenait à l'IBPT, en sa qualité d'ARN, lors de sa seconde étude de marché (après sa première étude de 2007) de définir les marchés correspondant aux circonstances nationales, et donc de déterminer si elle prenait en considération le marché n° 6 tel que répertorié par la Commission, ou si elle le segmentait, ainsi que de déterminer son étendue géographique par rapport au territoire belge.

Le Conseil de l'IBPT a examiné différentes segmentations possibles et décidé de ne pas opérer de segmentation de ce marché, notamment pas de distinction en fonction du débit.

Pour examiner s'il y avait lieu de procéder à une segmentation, l'IBPT a, classiquement, examiné la substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées de différents débits, ce qui ne lui est pas reproché.

58.

Proximus lui reproche par contre d'avoir conclu à la substituabilité des segments terminaux de lignes louées de différents débits sur la seule base d'une substituabilité de l'offre, et uniquement du haut débit vers le bas débit. Elle considère que, ce faisant, l'IBPT a commis une erreur manifeste d'appréciation et/ou n'a pas motivé adéquatement sa décision et/ou a manqué à son devoir de prudence.

59.

L'IBPT justifie dans la Décision sa conclusion relative à la substituabilité du côté de l'offre par les éléments suivants :

- Les réseaux de transports aptes à fournir un service de lignes louées sont tous organisés de la même manière ;

- L'implémentation des différentes lignes est faite par une intégration des différentes technologies les unes aux autres ;
- Conclusion : les lignes de tous débits et de toutes hiérarchies sont fournies sur une infrastructure intégrée et ne nécessitent donc pas d'investissements significatifs de la part du fournisseur pour étendre la palette des débits (du haut vers le bas) ;
- Partant, en cas d'augmentation faible mais significative et durable des prix des segments terminaux de lignes louées pour un certain débit, un fournisseur qui ne fournirait que des lignes louées de débit supérieur pourrait fournir à court terme et sans investissements significatifs des segments terminaux de tel débit ; les équipements supplémentaires éventuellement nécessaires représentent un investissement modéré (moins de 10.000 € par point de présence) et sont aisés à raccorder à l'infrastructure existante ; il y a dès lors substituabilité des services du haut vers le bas débit, du côté de l'offre ;
- Le benchmark réalisé en droit européen révèle qu'il n'existe pas de pratique harmonisée des régulateurs européens, en faveur ou non d'une segmentation par débits ; neutre, le benchmark ne penche dès lors pas en faveur d'une segmentation du marché identifié dans la Recommandation de 2007 ;
- Il est fréquent qu'un même contrat porte sur des lignes louées de différents débits, ce qui crée un lien entre les services de débits différents.

60.

La réglementation applicable, à savoir l'article 15.3 de la Directive Cadre, l'article 54 de la LCE, la Recommandation de 2007 et les Lignes Directrices, ne contiennent pas de distinction entre la substituabilité du côté de la demande et la substituabilité du côté de l'offre. En particulier si, en vertu des articles 54 et 55 LCE, l'IBPT est appelé à déterminer le marché pertinent en tenant compte le plus possible des Lignes Directrices, il faut constater que dans ces Lignes Directrices, les deux types de substituabilité sont examinés l'un après l'autre, sans aucune indication d'un ordre d'importance ou de priorité entre les deux.

Il faut aussi constater que les Lignes Directrices :

- reconnaissent que les ARN jouissent, dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire et en particulier lorsqu'il s'agit pour elles de définir un marché pertinent conformément à l'article 15 de la Directive Cadre, de pouvoirs discrétionnaires, vu la complexité de l'ensemble des facteurs déterminants qu'elle doivent apprécier pour recenser ces marchés (cfr § 22 des Lignes Directrices);
- reconnaissent que, vu la définition des marchés pertinents réalisée par la Commission dans sa Recommandation « en pratique, la tâche des ARN se limitera normalement à déterminer la portée géographique du marché pertinent, bien qu'elles aient la possibilité (...) de définir des marchés autres que ceux énumérés dans la recommandation » (§ 36 des Lignes Directrices).

Il ressort par ailleurs également des Lignes Directrices que la définition du marché pertinent dépend avant tout de l'existence de pressions concurrentielles pesant sur le comportement en matière de fixation des prix du ou des producteurs ou prestataires concernés (§ 38).

Certes, du point de vue de l'analyse économique, il peut être logique de débiter l'examen de la définition d'un marché par la substituabilité du côté de l'offre. Cependant, rien dans la réglementation applicable n'interdisait à l'IBPT de conclure à une substituabilité des segments terminaux des lignes loués des différents débits – et dès lors à une absence de segmentation du marché défini par la Commission dans la Recommandation 2007 - sur la base d'une substituabilité du côté de l'offre, après avoir constaté que la substituabilité n'était pas établie à suffisance du côté de la demande.

Comme l'avance l'IBPT en conclusions, il arrive souvent que, dans le cas où il s'agit d'un même produit ou service décliné en différents qualités ou types – ce qui est bien le cas ici, s'agissant de services qui se différencient par le débit offert - , il n'y ait pas de substituabilité du côté de la demande, mais bien du côté de l'offre.

Par ailleurs, la Décision est motivée, en ce qui concerne la définition du marché, non seulement par la substituabilité du côté de l'offre - qui repose elle-même sur une analyse technique des services concernés, de l'infrastructure sur laquelle ils sont offerts, et sur l'analyse du comportement des opérateurs -, mais aussi par le mode de commercialisation des segments terminaux des lignes louées, ainsi que par le résultat du benchmark qui, neutre, ne penchait pas en faveur d'une segmentation du marché, alors que celui-ci a été reconnu comme un seul marché au niveau européen par la Commission.

Le mode de commercialisation des segments terminaux des lignes louées, à savoir qu'il est fréquent que des segments de différents débits soient commercialisés en même temps, mène aussi à la conclusion que le marché peut difficilement être segmenté, car l'opérateur qui bénéficie d'une position dominante sur le bas débit jouit de ce fait d'un avantage concurrentiel à la fois sur le bas débit et sur le haut débit.

Rien dans la réglementation applicable ne permet dès lors d'établir qu'en se prononçant de la sorte, l'IBPT n'aurait pas adéquatement motivé sa décision de ne pas segmenter le marché, aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, ou encore un manquement à son devoir de prudence.

En se prononçant en ce sens, l'IBPT est restée dans les limites de la large marge d'appréciation qui lui est reconnue lorsqu'il définit un marché conformément aux articles 54 et 55 LCE.

Le grief (i) de Proximus n'est dès lors pas fondé.

Il ne ressort pas non plus de la réglementation applicable qu'une substitution « à sens unique », à savoir du haut débit vers le bas débit, serait inadéquate ou insuffisante pour justifier l'absence de segmentation entre le haut et le bas débit. Comme l'indique l'IBPT, si la substituabilité a été examinée dans ce seul sens, c'est parce que les opérateurs alternatifs sont actifs dans le haut débit et non dans le bas débit ; partant, c'est une substitution du haut vers le bas débit qui devait être examinée, afin de tenir compte des conditions effectives du marché.

Dès lors, Proximus ne démontre pas qu'en se fondant sur une substituabilité des segments terminaux de lignes louées du côté de l'offre et uniquement du haut vers le bas débit, l'IBPT aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Comme rappelé ci-avant, la décision de l'IBPT n'est d'ailleurs pas uniquement motivée par la substituabilité des segments terminaux du côté de l'offre, du haut vers le bas débit, mais aussi par le mode de commercialisation des segments terminaux et par le résultat neutre du benchmark.

Par identité de motifs avec ce qui précède, en prenant en considération la substituabilité du côté de l'offre dans le sens du bas vers le haut débit, à côtés de ses autres motifs précités, l'IBPT est resté dans les limites de sa marge d'appréciation. Aucune exigence renforcée de motivation n'était non plus applicable.

Le grief (ii) de Proximus n'est pas fondé.

62.

Proximus qualifie l'approche adoptée par l'IBPT dans la Décision de purement théorique, abstraite et hypothétique.

Ce grief n'est pas non plus fondé.

Le constat fait par l'IBPT de la substituabilité du côté de l'offre n'est pas théorique mais repose sur l'analyse concrète des services concernés et du marché, comme indiqué précédemment, notamment : les réseaux de transports aptes à fournir un service de lignes louées sont tous organisés de la même manière, l'implémentation des différentes lignes est faite par une intégration des différentes technologies les unes aux autres, ces éléments ayant pour conséquence que les lignes de tous débits et de toutes hiérarchies sont fournies sur une infrastructure intégrée et ne nécessitent donc pas d'investissements significatifs de la part du fournisseur pour étendre la palette des débits (du haut vers le bas).

L'IBPT ne conclut pas seulement à une substituabilité hypothétique du haut vers le bas débit mais constate aussi qu'une telle substituabilité existe déjà puisqu'il constate que, pour les segments E 1 de 2 Mbit/s, les segments de gros à bas débit les plus demandés, plus de 40 % de ces segments étaient déjà fournis en 2012 par des opérateurs alternatifs, dès lors sur les

installations à haut débit puisque l'infrastructure de ces opérateurs concerne presque exclusivement des technologies permettant le haut débit.

C'est donc bien sur la base d'éléments concrets que l'IBPT a constaté une perméabilité entre le haut débit et le bas débit, ce que les parties intervenantes confirment aussi.

L'IBPT a bien examiné concrètement les données qui étaient à sa disposition et a conclu, sur la base de ces éléments, qu'il y avait substituabilité du côté de l'offre, puis, tenant compte également des autres motifs précités, qu'il n'y avait pas lieu de segmenter le marché selon les débits offerts. Proximus ne démontre pas que l'examen opéré par l'IBPT procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

Tenant compte de tous les éléments retenus par l'IBPT, celui-ci n'avait pas l'obligation de procéder, en sus, à une application de la méthode dite du « monopoleur hypothétique » - il ressort en effet bien des Lignes Directrices que cette méthode n'est pas obligatoire pour les ARN<sup>22</sup> - , et il ne peut dès lors lui être reproché de l'avoir fait de manière insuffisamment précise ou sans justifier de ses données chiffrées.

L'IBPT a opéré son examen en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, lequel est relativement large, eu égard à la complexité des facteurs qui doivent être appréciés pour déterminer un marché pertinent.

Le grief de Proximus n'est pas fondé.

63.

Les motifs qui précèdent suffisent à conclure au rejet des griefs de Proximus.

La Cour ajoute qu'en sus des motifs explicités dans la Décision dans le chapitre consacré à l'examen de la question précise de la définition du marché pertinents de produits en ce qui concerne le haut et le bas débit, un autre élément, repris dans la Décision au titre de l'examen de la définition géographique du marché, vient également justifier la décision de l'IBPT de ne pas segmenter le marché en fonction du débit.

Les opérateurs alternatifs qui ont développé une infrastructure pour offrir des lignes louées et des segments terminaux de lignes louées en haut débit l'ont fait, d'une part au niveau de l'*express ring*, et d'autre part, en ce qui concerne les segments terminaux, en se concentrant sur certaines zones géographiques (zones de première importance économique), tandis que Proximus, opérateur historique, est le seul à avoir un réseau qui couvre l'étendue du territoire national. L'IBPT en conclut dans la Décision qu'il existe de ce fait des variations de concurrence très circonstanciées, selon les localisations physiques concernées (§ 4 :93 de la

---

<sup>22</sup> Cfr § 40 des Lignes Directrices: "Pour établir l'existence d'une éventuelle substituabilité du côté de la demande ou de l'offre, **on peut notamment** appliquer la méthode dite « test du monopoleur hypothétique (...) » (mise en évidence ajoutée).

Décision), alors que, dans le même temps, la demande des opérateurs pour les segments terminaux est nationale (§ 4 :90). Au vu de ces éléments, l'IPBT conclut dans la Décision que « la dynamique concurrentielle est suffisamment homogène à l'échelle nationale pour conclure que le marché géographique est national » (§ 4 :98). Ces constats et décisions de l'IBPT ne sont pas contestés par Proximus.

Il résulte de ces éléments, en particulier de l'hétérogénéité de la couverture géographique des opérations alternatifs et de l'étendue nationale du marché du côté de la demande, ainsi que du mode de commercialisation des segments terminaux des lignes louées (cfr ci-avant, élément retenu expressément par la Décision au chapitre de l'absence de segmentation selon le débit: commercialisation portant fréquemment sur des segments de différents débits), qu'on ne peut considérer qu'il existerait un marché des segments terminaux de lignes louées à haut débit distinct d'un marché des segments terminaux des lignes louées à bas débit. En effet, tenant compte du fait que le marché a été défini géographiquement comme un marché national nonobstant les différences géographiques existantes, il n'y a pas, sur ce marché géographiquement national, de marché distinct du point de vue des produits (haut débit) sur lequel il existerait suffisamment de pressions concurrentielles sur Proximus que pour le considérer comme un marché distinct et concurrentiel. Des pressions concurrentielles existent uniquement dans certaines zones, alors que, d'autre part, la demande concerne tout le territoire.

C'est ce que l'IBPT fait valoir dans ses conclusions, lorsqu'elle invoque notamment le fait que « la pression concurrentielle que les fournisseurs alternatifs sont susceptibles d'exercer à l'encontre de [Proximus] n'est pas tant une question de débit mais dépend, bien davantage, de la présence d'infrastructures alternatives aux extrémités locales concernées par le segment terminal à fournir ... les parts de marché des opérateurs alternatifs sur le haut débit au niveau national doivent donc être nuancées en fonction de la situation réelle prévalant en un point spécifique du territoire ... » (conclusions, p. 35, § 77).

64.

Enfin, la Cour observe, pour autant que de besoin, que l'absence d'erreur manifeste d'appréciation ou de mauvaise application des règles légales applicables est confirmée par le fait que, s'étant vues communiquer le projet de Décision, ni les autorités belges ni la Commission ne s'y sont opposés.

Le Conseil de la concurrence a décidé de ne pas délivrer d'avis (cfr lettre du 7 mai 2013, reproduite p. 245 de la Décision), tandis que le Medienrat, le CSA et le VRM ont indiqué qu'ils n'avaient pas de remarque à formuler.

Si la Commission s'est par ailleurs interrogée, dans sa demande d'information du 28 juin 2013, d'une part (question 3.5.) sur l'absence de segmentation du marché du fait des plus faibles parts de marché de Belgacom pour le haut débit (entre 20 et 40 %) et d'autre part sur l'absence de segmentation géographique (question 3.6), elle n'a pas, au vu des réponses

fournies par l'IBPT, fait obstacle à la Décision, se contentant de faire une remarque quant à la nécessité pour l'IBPT de surveiller les conditions de concurrence sur le marché, engageant l'IBPT à « *suivre de près les évolutions technologiques, les investissements de l'opérateur historique et des opérateurs alternatifs, les conditions de concurrence et l'adoption des services à faible bande passante par rapport aux services à bande passante élevées, et à ravoir en conséquence l'analyse du marché de la fourniture en gros des segments terminaux de lignes louées dès que les circonstances nationales le justifieront* » (cfr ses commentaires du 19 juillet 2013).

La Commission n'a, à l'occasion de son intervention, aucunement fait valoir que l'analyse de substituabilité effectuée par l'IBPT serait insuffisante parce que concluant uniquement à la substituabilité du côté de l'offre et dans le sens du haut vers le bas débit, ni que cette analyse ne serait pas suffisamment concrète.

La situation présente ne peut dès lors être assimilée au cas autrichien invoqué par Proximus, dans lequel, précisément, la Commission s'est opposée au projet de décision du régulateur.

#### Grief relatif au benchmark

65.

La Décision inclut un benchmark reprenant la position des ARN dans les autres pays de l'Union européenne (et en outre de la Norvège) en ce qui concerne l'existence ou non d'une segmentation du marché sur la base du débit.

Il ne ressort aucunement de la Décision que l'IBPT aurait substitué ce benchmark à sa propre analyse.

Comme indiqué ci-avant, l'IBPT a procédé à sa propre analyse sur la base des données concrètes du marché belge, et a conclu sur cette base à l'existence d'une substituabilité entre les différents débits de lignes louées, suffisante pour les intégrer dans le même marché pertinent (cfr § 4:60 de la Décision). L'IBPT a également tenu compte du mode de commercialisation des segments terminaux des lignes louées (cfr *supra*).

L'IBPT n'a inclus un benchmark qu'en sus de sa propre analyse et exactement considéré qu'il en ressortait qu'il n'existait pas de pratique harmonisée entre ARNs en ce qui concerne la segmentation par débits.

La conclusion à tirer du benchmark étant neutre, l'IBPT n'a pas modifié sa conclusion préalable dans le sens d'une substituabilité entre les différents débits, mais l'a confirmée.

Proximus ne démontre aucune erreur manifeste d'appréciation ni aucun manquement à l'obligation de motivation dans le chef de l'IBPT. Son grief est rejeté.

Grief relatif à l'absence de prise en considération de l'hétérogénéité des conditions de concurrence en fonction des débits offerts

66.

Proximus reproche à l'IBPT de ne pas avoir pris en considération l'hétérogénéité des conditions de concurrence en fonction des débits offerts et considère que ceci révèle une analyse lacunaire et abstraite des choses.

67.

La figure 4 :6, page 127 de la Décision montre les parts de marché de Proximus en volume, pour les années 2009 à 2012. La version reproduite ici intègre les lignes hachurées ajoutées par Proximus en conclusion pour distinguer le bas débit du haut débit (p. 37 de ces conclusions). Selon Proximus, la ligne de démarcation entre bas et haut débit se situe dès lors entre les segments E1 et E3.

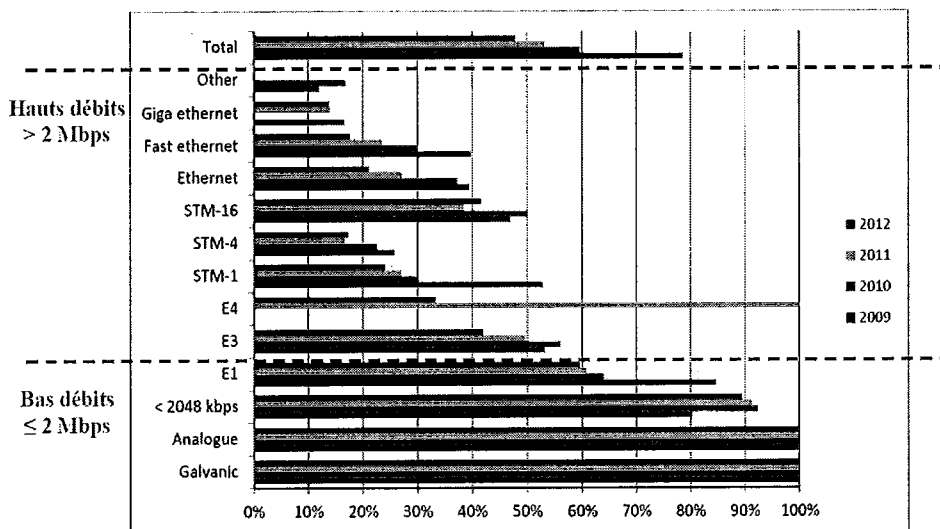


Figure 4.6: Parts de marché de l'opérateur historique en volume [Source: IBPT, données opérateurs, 2013]

Il résulte cependant de ce tableau que, comme l'indique l'IBPT, il n'y a pas de différence marquée qui permettrait d'établir indubitablement une frontière entre le bas débit et le haut débit, et induirait la conclusion que les conditions de marché sont hétérogènes entre les deux.

En particulier les parts de marché de Belgacom pour le segment E1 sont proches des parts de marché pour le segment E3, même si ces dernières leur sont légèrement inférieures.

Il ressort également des explications fournies par l'IBPT que les concurrents de Proximus sur les segments E1 et E3 – et également sur les segments d'un débit plus élevé - sont les mêmes, ce qui renforce la conclusion d'absence d'hétérogénéité marquée entre ces deux segments et plus généralement entre les segments d'un débit inférieur à 2 Mbit/s et ceux d'un débit supérieur à 3 Mbit/s

Dès lors que Proximus elle-même trace la limite du bas et de haut débit entre les segments E1 et E3, il est logique d'examiner si la démarcation souhaitée par Proximus se justifie à cet endroit, ce qui n'est pas le cas.

Par ailleurs, la situation concurrentielle d'un marché ne se réduit pas à l'examen des parts de marché ; il y a d'autres critères à prendre en considération, comme le contrôle d'une infrastructure difficile à dupliquer, les avancées ou la supériorité technologique, les économies d'échelle, la diversification des produits et des services, etc.,...

La Commission européenne avait interrogé l'IBPT sur l'absence de segmentation entre le bas débit et le haut débit, arguant d'une hétérogénéité des conditions de concurrence, mais s'est satisfaite de la réponse apportée par l'IBPT, puisqu'elle ne s'est pas opposée à la Décision, se contentant d'une remarque où elle invite l'IBPT à suivre de près « *les évolutions technologiques, les investissements de l'opérateur historique et des opérateurs alternatifs, les conditions de concurrence et l'adoption des services à faible bande passante par rapport aux services à bande passante élevées, et à avoir en conséquence l'analyse du marché de la fourniture en gros des segments terminaux de lignes louées dès que les circonstances nationales le justifieront* » (cfr ses commentaires du 19 juillet 2013).

L'IBPT exposait dans sa réponse à la Commission que la seule baisse des parts de marché entre le bas et le haut débit ne le conduisait pas à une segmentation du marché, eu égard à la substituabilité du côté de l'offre, ainsi qu'au fait qu'une partie significative du marché des contrats de détail inclut des lignes de différents débits.

Il ressort donc de ces éléments que la seule baisse des parts de marché est insuffisante à justifier une segmentation du marché entre le haut et le bas débit, tenant compte, précisément, de la substituabilité entre le haut et le bas débit et des liens existants entre les segments terminaux quant à leur commercialisation (cfr *supra*).

Ne s'étant pas opposée à la Décision, la Commission a donc considéré que l'analyse effectuée par l'IBPT rentrait dans sa marge d'appréciation. Il est rappelé que, selon les termes mêmes de la Commission, la marge d'appréciation des ARN est proportionnée à la complexité des situations économiques, factuelles et juridiques qu'il leur faut apprécier (cfr § 71 des Lignes Directrices).

La cour conclut dans le même sens, tenant compte également du fait que l'absence de segmentation entre le bas et le haut débit s'explique aussi par le choix fait par l'IBPT de ne pas

segmenter le marché géographiquement, alors que les opérateurs alternatifs actifs dans le haut débit le sont principalement dans certaines zones du pays (zones de concentration de l'activité économique du pays). L'IBPT a estimé, en restant dans sa marge d'appréciation, qu'il n'y avait pas lieu de segmenter le marché en tenant compte de toute l'étendue et de la capillarité des infrastructures alternatives, car une telle segmentation aurait été complexe et n'aurait pas été satisfaisante du point de vue de la sécurité juridique, reposant sur situation naturellement fluctuante (cfr Décision, notamment § 4 :97) .Comme indiqué précédemment (supra, 63), tenant compte du fait que le marché a été défini géographiquement comme un marché national nonobstant les différences géographiques existantes, il n'y a pas, sur ce marché géographiquement national, de marché distinct du point de vue des produits (haut débit) sur lequel il existerait suffisamment de pressions concurrentielles sur Proximus que pour le considérer comme un marché distinct et concurrentiel. Des pressions concurrentielles existent uniquement dans certaines zones, alors que, d'autre part, la demande concerne tout le territoire. Ceci justifie aussi qu'il ne puisse être reproché à l'IBPT de ne pas avoir, au sein d'un marché unique, opéré des distinctions entre le bas et le haut débit.

Proximus ne démontre pas que l'IBPT aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas compte de la baisse des parts de marché entre les segments E1 et E3, ou plus généralement entre le bas débit et le haut débit, ni que sa motivation serait viciée. Son grief est rejeté.

#### Grief relatif à la référence au mode de commercialisation des lignes louées

68.

Proximus soutient que la référence dans la Décision au mode de commercialisation des lignes louées est contradictoire et ne constitue pas une motivation adéquate.

69.

Dans la Décision, l'IBPT conclut à une substituabilité du côté de l'offre dans le sens du haut vers le bas débit, et que cette substituabilité est suffisante pour les intégrer dans le même marché pertinent (§ 4 :60). Elle ajoute une référence au mode de commercialisation des lignes louées et à l'existence d'une relations entre les lignes des différents débits du fait qu'il est fréquent qu'un même contrat porte sur des lignes de différents débits, apparaît dans la dernière conclusion (§ 4.1.2.6.4.).

70.

Le fait que le mode de commercialisation des lignes louées ait été examiné par l'IBPT au titre de la substituabilité du côté de la demande ne l'empêchait pas de reprendre cet élément pour conclure à l'absence de segmentation du marché aux côtés de la substituabilité de l'offre constatée. Le mode de commercialisation des lignes louées – à savoir le fait qu'il est fréquent que les contrats portent sur des lignes de plusieurs débits – est en effet un élément qui renforce la conclusion de la substituabilité de l'offre, de même que l'absence de segmentation

du marché. Le fait que, dans un nombre significatif de cas, le client final souhaite avoir accès à des lignes de débits différents, crée un environnement propice à la substituabilité du côté de l'offre, comme le souligne l'IBPT.

Il ne peut pas non plus être reproché à l'IBPT d'avoir pris cet élément en compte au motif qu'il procéderait d'une confusion entre le marché du détail et le marché de gros. Comme l'expliquent l'IBPT et les parties intervenantes, les caractéristiques du marché de détail influent en effet nécessairement sur le marché de gros. Le marché de gros est nourri par le marché de détail. C'est en effet le plus souvent pour répondre à la demande ou à l'appel d'offre émis par un client final qui comporte plusieurs sites à connecter avec des lignes de différents débits qu'un opérateur va vouloir se fournir sur le marché de gros.

Partant, Proximus n'établit pas que l'IBPT aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou que la Décision souffrirait d'un défaut de motivation. Son grief est rejeté.

Grief relatif à une incohérence de la Décision entreprise en ce qui concerne l'utilisation de la notion de « débits »

71.

Proximus considère qu'il y a une incohérence dans la Décision, en ce qu'elle refuse de voir dans les différences de débit une raison de segmenter le marché entre haut et bas débit, alors que, dans l'analyse de la substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées et l'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques, l'IBPT conclurait que les différences de débit entre la paire de cuivre dégroupée et les segments terminaux de lignes louées constitueraient l'une des raisons fondamentales justifiant l'absence de substituabilité entre ces produits et services.

72.

Contrairement à ce qu'indique Proximus, la Décision ne justifie pas l'absence de substituabilité entre la paire de cuivre dégroupée et les segments terminaux de lignes louées par une différence de débit. Comme l'indique l'IBPT, la paire de cuivre dégroupée est un élément d'infrastructure physique, tandis que le segment terminal est un service offrant une capacité de transmission ; c'est cette différence fondamentale qui justifie l'absence de substituabilité entre les deux dans l'analyse effectuée dans la Décision.

Partant, il n'y a pas d'incohérence ; le grief de Proximus n'est pas fondé.

Grief formulé à titre subsidiaire : dans l'hypothèse où la définition du marché ne serait pas considérée comme erronée, en tout état de cause, au niveau des remèdes, erreur manifeste d'appréciation résultant de l'absence de mesures réglementaires différenciées

73.

Proximus considère que, même après avoir conclu à l'absence de segmentation du marché en fonction du débit, l'IBPT aurait dû tenir compte des structures concurrentielles différenciées du bas débit (où Proximus est en monopole ou à une part de marché significative) et du haut débit (où les parts de marché de Proximus sont moindres), pour adopter des mesures réglementaires différenciées selon le débit.

Ce grief est formulé de manière générale, Proximus n'indiquant pas les mesures particulières qui selon elles, auraient dû faire l'objet de différenciations.

74.

Il faut rappeler, comme jugé précédemment, d'une part, que la ligne de démarcation entre le bas débit et le haut débit ne résulte pas de conditions concurrentielles si différentes, et, d'autre part, que la pression concurrentielle résultant de la présence d'opérateurs alternatifs actifs dans le haut débit n'est pas homogène dans tout le pays, leur présence était concentrée dans les zones à haut potentiel économique, deux éléments qui ont amené l'IBPT à conclure, dans le respect de la marge d'appréciation qui lui est réservée et tenant compte également du mode de commercialisation des lignes louées, à l'absence de segmentation du marché, tant géographique qu'en fonction du débit.

Tenant compte de ce qui précède, il ne peut pas être reproché à l'IBPT de ne pas avoir, pour chaque mesure imposée à Proximus, différencié la mesure en fonction du débit.

L'IPBT a d'ailleurs introduit dans sa Décision une certaine différenciation pour les mesures suivantes :

- Interdiction de créer des effets de ciseaux tarifaires : la mesure est imposée à Proximus a priori pour tous les débits, mais une exception est faite au § 4 :351 de la Décision : « *Ne sont pas prises en compte dans le processus de contrôle du respect de cette interdiction, les services de détail aval offerts dans des zones où plusieurs réseaux de fibres optiques ont été déployés. Ces zones ont été déterminées sur la base d'une liste de LEX où aboutissent ces lignes, en prenant pour critères : 4 :352 : la présence dans les zones de couvertures des LEX considérés d'au moins deux autres infrastructures de fibres d'accès en plus de celle de Belgacom (...)* » ;

Il s'agit donc d'une dérogation à l'obligation, uniquement pour le haut débit (fibres) et qui tient compte de la concurrence effective existant dans certaines zones (minimum deux autres infrastructures de fibres d'accès déployées, en plus de celle de Proximus).

- L'orientation sur les coûts : celle-ci n'est pas imposée pour les tarifs de la section locale fibre des lignes classiques et NGLL, ainsi que ceux des lignes classiques de la hiérarchie Ethernet (cfr § 4 :337 de la Décision)

Proximus n'établit pas que l'IBPT aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne procédant pas à d'autres différenciations selon les débits. Le grief de Proximus est rejeté.

### Conclusion

75.

En conclusion, les griefs de Proximus ne sont pas fondés. L'IBPT est bien restée dans les limites de sa marge d'appréciation dans sa définition du marché de gros des segments terminaux des lignes louées. Sa décision est motivée et elle n'a commis aucune illégalité ni erreur manifeste d'appréciation.

### V.2. L'OBLIGATION D'ACCÈS AUX CHAMBRES DE VISITE DE PROXIMUS POUR POSER DES FIBRES D'INTRODUCTION CHEZ LE CLIENT FINAL

#### A.- L'obligation imposée par la Décision

76.

La Décision décrit l'obligation imposée comme suit :

*« 4:190 Les opérateurs alternatifs qui achètent des segments terminaux à Proximus doivent avoir la possibilité de poser et d'utiliser leur propre fibre d'introduction pour connecter des clients non encore connectés à une fibre d'accès. A cette fin, Proximus doit donner accès aux chambres de visite, LEX ou LDC les plus proches des clients à connecter.*

*4:191 Afin que l'opérateur alternatif puisse déterminer le tracé de la fibre d'introduction, Proximus doit communiquer la localisation de la chambre (ou des deux chambres en cas de demande d'accès sécurisé) de visite la plus proche du client final.*

*4:192 Proximus doit définir une architecture d'interconnexion mid-span afin d'assurer l'introduction de la fibre de l'opérateur tiers dans sa chambre de visite ; pour ce faire Proximus peut imposer de réaliser elle-même les travaux de jointage dans la chambre de visite ou de les limiter aux sous-traitants avec qui elle travaille habituellement (« certified technician »). Afin de définir précisément le point de démarcation des deux infrastructures, Proximus peut imposer que le demandeur installe sa propre chambre de visite à côté de la sienne et de faire un raccordement entre les deux chambres.*

*4:193 Il doit en être de même au niveau des LEXs et LDCs où l'opérateur alternatif doit pouvoir introduire sa fibre sans colocalisation en vue de l'utiliser pour fournir la section locale du segment terminal de ligne louée de gros. Proximus doit la raccorder à ses propres équipements*

ou à sa propre fibre dans le cadre de la fourniture de segments terminaux de lignes louées classiques ou NGLL.

4:194 Proximus doit communiquer les spécifications minimales exigées pour la fibre et pour l'ODF à installer chez le client final.

4:195 Proximus doit communiquer les procédures pour connecter la fibre ainsi que pour la déconnecter ».

77.

L'imposition de cette obligation est motivée comme suit dans la Décision :

« 4:196 Le remède imposé permet de résoudre les problèmes de concurrence suivants.

4:196.1 Dans la situation actuelle, l'opérateur alternatif qui demande à Proximus de poser une fibre d'accès supporte l'ensemble des coûts de cette nouvelle infrastructure. Proximus, qui est propriétaire de cette fibre, peut l'utiliser par la suite sans supporter aucun coût d'investissement, lorsque le client final procède à un nouvel appel d'offre à l'expiration de son contrat avec l'opérateur alternatif. Avoir la possibilité de poser sa propre fibre (plutôt que de dépendre de Proximus pour cela) procure à l'opérateur alternatif un pouvoir de négociation dans les cas où Proximus est stratégiquement soucieuse d'investir pour le raccordement. L'opérateur alternatif pourrait par exemple obtenir de partager cet investissement avec Proximus.

4:196.2 Le remède imposé permet à l'opérateur alternatif de ne pas dépendre de la remise d'un devis par Proximus. Dès lors que l'opérateur alternatif peut accéder à la chambre de visite pour poser la fibre d'introduction chez le client final, il ne doit plus demander à Proximus de rendre de devis.

4:197 La possibilité pour cet opérateur d'effectuer lui-même cet investissement et de le conserver dans ses actifs permet aussi de rendre le marché plus concurrentiel :

4:197.1 La pose de fibres sur de longues distances peut nécessiter un délai incompatible avec les contraintes imposées par les utilisateurs finaux dans leurs cahiers des charges. Par conséquent, le fait de pouvoir investir dans la fibre d'introduction jusqu'à la chambre de visite de Proximus, avant d'étendre ultérieurement son réseau jusqu'à ce point, facilite la progression de l'opérateur alternatif dans l'échelle des investissements.

4:197.2 L'opérateur alternatif a la possibilité de mettre en place une procédure d'évaluation des coûts et d'exécution des travaux plus efficace que celle de Proximus et de pouvoir ainsi se différencier en termes de service d'installation.

4:197.3 L'opérateur alternatif peut ainsi disposer d'une base lui permettant de développer localement un réseau d'accès et ainsi développer une concurrence par l'infrastructure.

4:198 L'IBPT constate donc qu'il existe un intérêt économique et commercial pour les opérateurs à investir pour l'accès au client final et que cela peut mettre en place une stratégie d'investissement dans la section locale plus prometteuse que l'investissement entre l'express ring et le LEX.

4:199 La mesure est proportionnelle en ce sens qu'elle n'impose pas à Proximus la mise en place de nouvelles procédures complexes mais uniquement d'étendre aux opérateurs tiers un mode de travail existant avec ses sous-traitants (travaux dans la chambre de visite) et de

*communiquer aux opérateurs tiers des spécifications dont elle dispose et qu'elle communique à ses fournisseurs. Ce type d'architecture a déjà été proposée dans le passé de façon plus complexe car il n'y avait pas seulement interconnexion de fibres mais également interfonctionnement des équipements SDH - dans le cadre de l'offre d'interconnexion (BRIO) sous le nom de mid-span ».*

## **B.- Positions des parties**

### **(i) Position de Proximus**

78.

Proximus conteste la légalité de l'obligation nouvellement imposée par la Décision entreprise, quant à l'accès à ses chambres de visite pour poser des fibres d'introduction chez le client final. Elle développe cinq griefs à son encontre.

*a) L'obligation imposée ne rentre pas dans l'objet même de l'analyse de marché effectuée dans la Décision entreprise*

79.

L'obligation ne rentre pas dans l'objet de l'analyse de marché effectuée dans la Décision entreprise. Cette analyse de marché concerne deux marchés, celui des lignes louées de détail et la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées. L'obligation nouvelle – imposée en faveur des autres opérateurs – ne peut concerner le premier de ces marchés. Elle ne concerne pas non plus le second puisque, par définition, dans la solution imposée, Proximus ne fournit pas de « segment terminal » d'une ligne louée, ce segment étant fourni par l'opérateur alternatif.

Il est difficile de déterminer à quoi correspond le produit que Proximus devrait fournir, et de quel marché il pourrait faire partie. La régulation imposée ne se justifie pas ; l'obligation n'est ni nécessaire, ni adéquate, ni proportionnée.

*b) Absence de démonstration de l'existence d'une demande pour les services en question*

80.

L'IBPT n'a pas démontré l'existence d'une demande pour les services en question. Proximus n'a pas connaissance d'une demande d'un quelconque opérateur pour ce type de produit ou d'accès, tel qu'imposé par la Décision, et celle-ci n'identifie pas non plus une telle demande.

L'ampleur de la demande n'est pas non plus identifiée, ni n'a fait l'objet de la moindre étude. Pourtant, ces éléments sont essentiels pour apprécier le caractère approprié (adéquat, nécessaire et proportionné) de la mesure.

L'origine de la mesure n'est pas identifiée dans la Décision, et il semble qu'il s'agisse d'une invention spontanée de l'IBPT, sans que cela réponde à une demande concrète. Il en va ainsi même si, *a posteriori*, les autres opérateurs ne vont pas contester cette obligation, se réjouissant des coûts additionnels imposés à un de leurs concurrents.

*c) Absence d'identification d'une défaillance de marché à laquelle il conviendrait de remédier*

81.

La Décision ne précise pas non plus à quelle défaillance de marché il conviendrait de remédier.

La Décision se réfère, comme seule prétendue difficulté identifiée dans ce contexte, au fait que l'opérateur alternatif ne devrait plus demander à Proximus un devis et qu'ainsi il pourrait gagner du temps pour l'élaboration de son offre commerciale envers l'utilisateur final (débat qui se situe clairement sur le marché de détail). Sur ce point, elle omet de tenir compte du fait qu'en matière de fourniture de devis, la Décision contient déjà des obligations (nouvelles) additionnelles pour Proximus (§ 4 :176 et s. de la Décision) et il n'est nullement démontré en que ces obligations ne seraient pas suffisantes pour résoudre la prétendue défaillance.

Par ailleurs, on voit mal en quoi un devis (tant opérationnel que financier) pourrait être évité dans le cadre de la solution nouvellement imposée. En effet, l'établissement de telles solutions au cas par cas nécessiterait vraisemblablement que Proximus communique un devis à l'opérateur alternatif concerné.

*d) Absence de contribution à l'établissement d'une concurrence*

82.

La Décision n'établit pas que l'obligation nouvelle serait nécessaire pour contribuer à l'établissement d'une concurrence.

La Décision affirme que Proximus disposerait d'un avantage concurrentiel si elle pose la fibre à la demande d'un autre opérateur et qu'ensuite le client (utilisateur de la ligne louée) concerné procède à un nouvel appel d'offres dès lors que Proximus ne serait alors confrontée à « *aucun coût d'investissement* ». Ainsi, la Décision omet cependant de tenir compte de deux éléments essentiels.

D'une part, si une fibre dans le réseau de Proximus est déjà en place à la demande d'un opérateur ou à la demande d'un utilisateur final, tout opérateur (en ce compris l'opérateur ayant initialement sollicité la pose de cette fibre ainsi que tout autre opérateur, ou Proximus) pourra en bénéficier à un stade ultérieur, sans devoir supporter les coûts d'installation de la ligne qui a déjà été installée. Proximus ne dispose ainsi d'aucun avantage par rapport aux autres opérateurs. L'IBPT ne le conteste pas en conclusions mais il refuse d'en tenir compte.

D'autre part, si une fibre est installée par l'opérateur alternatif selon le schéma imposé par la Décision, ces avantages ne se présentent cependant pas dès lors que cet opérateur n'est soumis à aucune obligation *ex ante* (Proximus étant le seul opérateur régulé par la Décision).

Dans la mesure où la Décision ne tient aucunement compte de ces éléments, elle omet également de les évaluer par rapport aux prétendus avantages qu'elle met en avant et qui seraient prétendument liés à la mise en place de la nouvelle obligation. Par ailleurs, il est entre-temps avéré que l'IBPT est tout simplement incapable de procéder à une telle évaluation dès lors qu'il n'a procédé à aucune évaluation ou à aucune estimation de l'ampleur des prétendus avantages. Il ne sait même pas s'il existe un intérêt réel pour l'obligation nouvellement imposée. Il est dès lors incapable de procéder aux tests qui devraient être effectués avant de pouvoir imposer une telle obligation. Cela implique aussi que la motivation avancée (qui ne figure d'ailleurs pas dans la Décision entreprise) est parfaitement invérifiable et qu'elle ne satisfait également pas de ce point de vue aux exigences prescrites par le cadre réglementaire.

Il en résulte que la Décision se fonde sur une motivation manifestement lacunaire et erronée.

*e) Caractère manifestement disproportionné et non nécessaire de la mesure imposée*

83.

La mesure imposée revêt enfin un caractère manifestement disproportionné et non nécessaire.

La Décision se limite à affirmer que la mesure serait proportionnelle « *en ce sens qu'elle n'impose pas à Proximus la mise en place de nouvelles procédures complexes mais uniquement d'étendre aux opérateurs tiers un mode de travail existant avec ses sous-traitants (travaux dans la chambre de visite) et de communiquer aux opérateurs tiers des spécifications dont elle dispose et qu'elle communique à ses fournisseurs. Ce type d'architecture a déjà été proposée dans le passé – de façon plus complexe car il n'y avait pas seulement interconnexion de fibres mais également interfonctionnement des équipements SDH – dans le cadre de l'offre d'interconnexion (BRIO) sous le nom de « mid-span » » (Décision, § 4 :199).*

Tout d'abord, cette affirmation ne contient en réalité aucun test de proportionnalité dans la mesure où elle ne met aucunement en balance un quelconque prétendu avantage et les désavantages engendrés par la mesure imposée (notamment) en termes de charges additionnelles imposées à Proximus.

On le rappelle, un tel test ne peut même pas être effectué dès lors que la Décision ne contient aucune évaluation de la demande et, encore moins, de l'ampleur de la demande éventuelle pour le nouveau produit / accès en question.

Par ailleurs, la Décision impose à Proximus de développer une série de nouveaux processus complexes sur le plan opérationnel et au niveau de la documentation en ce qui concerne notamment l'élaboration de propositions concrètes au cas par cas (« devis »), l'installation et la mise en œuvre de ces solutions qui sont basées sur des fibres « mixtes » (appartenant partiellement à Proximus et partiellement à l'opérateur alternatif) et en ce qui concerne l'exploitation de ces solutions basées sur une infrastructure que Proximus ne contrôle pas intégralement.

(ii) Position de l'IBPT

a) *Marché concerné*

84.

L'accès aux chambres de visite ou « *manholes* » permettant aux opérateurs alternatifs de déployer leur propre fibre d'introduction, au niveau local, vers le client final s'inscrit parfaitement dans le cadre du marché régulé. Les services, notamment de Proximus, inclus dans ce marché se terminent dans ce cas de figure dans le bâtiment de l'utilisateur final, c'est-à-dire au-delà de la chambre de visite où se termine l'infrastructure physique – sous-jacente à ce service – de Proximus.

L'argument de Proximus tente de semer la confusion entre la propriété de l'infrastructure sous-jacente et l'extrémité du service fourni.

b) *Quant à l'existence d'une demande*

85.

Une demande des opérateurs pour un accès aux chambres de visite de Proximus est ressortie clairement de la consultation publique de 2012. Notamment, Mobistar a indiqué qu'elle soutenait la proposition innovante de l'IBPT de rendre obligatoire l'accès aux chambres de visite de Proximus en vue de permettre à l'opérateur alternatif d'utiliser sa propre fibre entre l'immeuble de l'utilisateur final et la chambre de visite de Proximus. Telenet a exprimé un pareil soutien. De même, les parties intervenantes dans la présente procédure.

c) *Quant à l'existence d'une défaillance concurrentielle*

86.

L'obligation faite à Proximus de localiser et de donner accès à ses chambres de visite est de nature à permettre à l'opérateur alternatif d'évaluer l'opportunité d'investir lui-même dans son infrastructure d'accès local à haut débit. Ce faisant, la mesure permet d'abaisser les barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché de gros des segments terminaux, avec pour

effet de limiter à terme les avantages concurrentiels indéniables dont Belgacom bénéficie, de par sa puissance sur le marché de gros des segments terminaux.

La mesure permet aussi aux opérateurs alternatifs de progresser sur l'échelle des investissements.

87.

L'obligation répond donc bien à un impératif de concurrence.

L'obligation répond à la puissance de marché que Proximus tire, au niveau de gros des segments terminaux, de la capillarité étendue de son réseau en fibre à proximité des sites non encore connectés.

L'accès imposé s'inscrit dans le cadre des obligations d'accès, y compris dégroupés à certains éléments ou ressources du réseau, qui peuvent être imposées conformément au cadre réglementaire à un opérateur PSM sur un marché de gros.

L'article 8/1, § 1<sup>er</sup>, de la LCE dispose que dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent, l'IBPT veille « à promouvoir une concurrence fondée sur les infrastructures » et « à promouvoir des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées, notamment en veillant à ce que toute obligation d'accès tienne dûment compte du risque encouru par les entreprises qui investissent et en permettant diverses modalités de coopération entre les investisseurs et ceux qui recherchent un accès, afin de diversifier le risque d'investissement, tout en veillant à ce que la concurrence sur le marché et le principe de non-discrimination soient respectés ».

L'obligation imposée à Proximus de communiquer la localisation de la chambre de visite la plus proche du site, de permettre l'accès à cette chambre de visite, et d'incorporer cette fibre d'introduction dans le segment terminal qu'elle fournit à un opérateur alternatif permet de rencontrer ces objectifs.

*d) Quant au caractère prétendument disproportionné de la mesure*

88.

La critique de Proximus par rapport au caractère prétendument manifestement disproportionné de l'accès imposé n'est pas non plus fondée.

La nécessité de limiter les coûts de déploiement des réseaux à haut débit est au cœur des préoccupations des institutions européennes et est justifiée.

89.

La procédure prévue pour Proximus n'est pas excessive ; elle est similaire à ce qui existe déjà dans le cas de la co-localisation, du dégroupage et du bistream dans les immeubles à appartements, et de la configuration « mid-span ».

La Décision prévoit par ailleurs que Proximus peut imposer de réaliser elle-même les travaux de jointage dans la chambre de visite ou de les limiter aux sous-traitants avec qui elle travaille habituellement. Proximus peut également imposer que le demandeur installe sa propre chambre de visite à côté de la sienne et de faire un raccordement entre les deux chambres.

Proximus devra certes mettre en place des procédures d'information (localisation de la chambre de visite la plus proche ou la plus adéquate), de coordination et de coopération (pour le jointage et les tests de qualité de la ligne mixte) et de facturation des activités fournies dans le cadre d'une telle opération, mais de telles procédures sont semblables à celles que Proximus a déjà mises en œuvre dans le cadre de ses nombreux produits régulés, sans lui poser de difficultés insurmontables. Ces procédures devraient être similaires à celles que Proximus doit déjà utiliser en interne chaque fois qu'elle décide de connecter pour ses propres besoins (ou pour des tiers) des sites non encore raccordés à son réseau à haut débit en fibre. Proximus est déjà amenée à pratiquer un mode de travail semblable avec ses sous-traitants.

Quoi qu'il en soit, Proximus n'a avancé aucune description factuelle précise des difficultés techniques et opérationnelles que soulève la mise en œuvre de l'obligation de l'accès à la chambre de visite.

90.

Au niveau de la fourniture du service, le fait que la capacité de transmission soit fournie en partie sur une infrastructure sous-jacente déployée par un tiers n'aura qu'un impact limité au niveau opérationnel. Proximus utilisera, comme dans le cas d'un segment terminal fourni intégralement sur ses propres fibres, ses propres fibres au niveau régional, ses propres interfaces du côté du réseau, les mêmes modems du côté du client final, les mêmes équipements de gestion de la qualité des services fournis et les mêmes systèmes informatiques. La seule différence tiendra au fait que Proximus utilisera une fibre d'introduction d'un tiers, mais qui sera jointée à sa chambre de visite selon ses propres spécifications et par ses propres techniciens ou des techniciens certifiés par elle.

Enfin, Proximus n'a avancé aucune description factuelle précise des difficultés techniques et opérationnelles que soulève la mise en œuvre de l'obligation de fournir des segments terminaux sur une infrastructure hybride.

Les moyens de Proximus traduisent surtout des craintes (insuffisamment étayées) pour sa propre situation plutôt qu'elles ne démontrent que la prévision d'effets positifs globaux à terme sur la concurrence serait manifestement erronée.

L'IBPT est du reste en droit d'imposer à un opérateur régulé d'accorder à des tiers l'accès à certains éléments ou ressources de réseau, mais également de lui interdire de contraindre les bénéficiaires de tels accès à acheter des ressources dont ils n'ont pas besoin, en l'occurrence une fibre locale, sous-jacente au service, jusqu'au bâtiment du client final à connecter. Sans cette obligation d'accès, l'utilisateur final pourrait d'ailleurs risquer d'être privé à terme du service qu'il peut légitimement espérer d'un opérateur alternatif à qui il fait confiance.

(iii) Position des parties intervenantes

91.

Les parties intervenantes estiment que l'affirmation de Proximus selon laquelle l'obligation d'accès à ses chambres de visite imposée par l'IBPT ne correspondrait à aucune demande de la part des opérateurs alternatifs est erronée.

Une telle obligation permettra de renforcer la concurrence sur le marché au bénéfice des clients, et correspond à l'intérêt commercial des opérateurs alternatifs. L'accès aux chambres de visite leur donnera en effet la possibilité d'accéder au point de contact du réseau Proximus le plus proche d'un client potentiel, en vue de déterminer si un investissement propre serait plus efficient qu'un recours à l'offre de Proximus. Le développement de leur propre infrastructure en fibre à partir de la chambre d'accès rétablira la position concurrentielle des opérateurs alternatifs, en contraste avec la situation actuelle dans laquelle Proximus dispose d'un avantage concurrentiel indu lorsque le premier contrat avec le client arrive à son terme. Enfin, comme le souligne la Décision, cette obligation favorisera le développement d'une infrastructure en fibre au niveau des segments terminaux de la part des opérateurs alternatifs, favorisant de ce fait une concurrence par les infrastructures.

C.- Appréciation par la cour

Principes

92.

La réglementation prévoit que l'intervention de l'IBPT – doit être proportionnelle aux objectifs fixés, qui sont (i) la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, (ii) le développement du marché intérieur, et (iii) le soutien des intérêts des citoyens de l'Union européenne (art. 8 de la Directive Cadre).

Les Lignes Directrices indiquent à cet égard que « (...) l'ARN choisit parmi toute la panoplie des obligations réglementaires définies dans les directives, celles qui conviennent pour résoudre un problème donné sur un marché non soumis à une concurrence effective (...) » (§ 116) et que

« (...) toute obligation imposée par une ARN doit être proportionnée au problème à résoudre (...) » (§ 117) (soulignements ajoutés).

#### Application de ces principes à l'espèce

93.

Il ressort des principes applicables qu'une fois déterminé le marché pertinent devant faire l'objet d'une réglementation *ex ante*, ainsi que l'entreprise ayant une position significative sur le marché (« PSM »), l'IBPT doit imposer à celle-ci une ou plusieurs mesures, de nature à rencontrer - et proportionnelle aux - objectifs fixés par la réglementation, (i) à (iii) ci-dessus.

L'IBPT doit identifier le problème qui existe sur le marché puis imposer à l'entreprise en PSM une obligation de nature à résoudre et proportionnée au problème existant.

Il doit aussi « promouvoir la prévisibilité réglementaire en assurant une approche réglementaire cohérente sur des périodes de révision appropriées » (art. 8.5.a) de la Directive Cadre).

94.

En l'espèce, l'obligation imposée à Proximus de donner accès à ses chambres de visites LEX ou LDC les plus proches des clients à connecter est une obligation nouvelle imposée par la Décision.

Il ne ressort d'aucun élément soumis à la Cour que l'IBPT aurait prévu cette obligation pour résoudre un problème donné identifié. En particulier, il n'est aucunement établi que des opérateurs établis se seraient, avant que cette nouvelle obligation ne soit discutée, plaints de l'absence d'accès à ces chambres de visite de Proximus.

L'IBPT semble reconnaître qu'elle a effectivement imaginé elle-même spontanément cette mesure, laquelle ne répondait à aucune demande du marché.

Lorsque cette mesure est apparue dans le projet de Décision, les opérateurs alternatifs, l'ont saluée, mais sans faire apparaître que cette mesure correspondrait à un véritable besoin.

Les justifications avancées par l'IBPT pour soutenir la mesure sont générales et ne démontrent pas non plus l'existence d'un problème concret et spécifique auquel la mesure entendrait répondre.

Interpellés à l'audience, les conseils de Belgacom ont informé la Cour n'avoir pas reçu la moindre demande d'accès à ses chambres de visite par un opérateur alternatif depuis que la mesure lui a été imposée. Ceci n'a pas été contesté par l'IBPT, et confirme l'absence de problème concret et réel auquel la mesure devait remédier.

Dans ces conditions, l'imposition de la nouvelle mesure d'accès aux chambres de visite LEX et LDC afin de permettre aux opérateurs tiers d'utiliser leur propre fibre d'introduction vers leurs clients, non prévue lors de la première analyse de marché, et sans qu'ait été identifié un problème spécifique auquel cette mesure entendait apporter une solution proportionnée, ni qu'il ait existé une demande en ce sens, relève d'une erreur manifeste d'appréciation par l'IBPT. Il n'appartient en effet pas à l'autorité réglementaire de prévoir, au sein d'un marché réglementé, des obligations nouvelles, si celles-ci ne répondent pas à une demande ou à un problème identifié.

En ce qu'elle impose la mesure (§ 4 :189 à 4 :199), la Décision est annulée.

### V.3. DEMANDE DE L'IBPT QUANT À LA MISE À DISPOSITION D'UNE COPIE LIBRE DE L'ARRÊT À INTERVENIR

95.

L'IBPT demande à la cour « *d'ordonner que soit mise à disposition de chaque partie, au greffe de la Cour de céans, la copie libre de l'arrêt à intervenir visée à l'article 792 du Code judiciaire, le jour du prononcé dudit arrêt* ».

96.

L'article 792 du Code judiciaire dispose que: "*Dans les huit jours de la prononciation du jugement, le greffier adresse, sous simple lettre, à chacune des parties ou, le cas échéant, à leurs avocats, une copie non signée du jugement* ».

Cette disposition ne prévoit donc pas la mise à disposition des parties immédiate d'une copie libre de la décision judiciaire. L'IBPT doit être déboutée de sa demande en ce sens.

### VI. LES DÉPENS

97.

Proximus succombe dans son recours concernant l'annulation de la définition du marché de la fourniture en gros des segments terminaux des lignes louées et obtient gain de cause concernant l'annulation de la mesure spécifique de l'accès à ses chambres de visites.

Les dépens entre Proximus et l'IBPT seront partiellement compensés, l'IBPT étant condamnée aux frais de mise au rôle de la requête, non liquidés, tandis qu'aucune partie n'est tenue envers l'autre d'un quelconque montant à ce titre.

Les parties intervenantes supportent leurs propres dépens.

**PAR CES MOTIFS,  
Section Cour des marchés**

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement,

Reçoit le recours et l'intervention volontaire,

Dit le recours partiellement fondé,

Annule la décision du conseil de l'IBPT du 8 août 2013 « relative à l'analyse du marché 7 (recommandation 2003) et du marché 6 (recommandation 2007): ensemble minimal de lignes louées (marché 7(03)) fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6(07)) » uniquement en ce qu'elle impose à la s.a. de droit public Proximus une obligation nouvelle lui imposant de donner accès à ses chambres de visite LEX et LDC afin de permettre aux opérateurs tiers d'utiliser leur propre fibre d'introduction vers leurs clients (§ 4 :189 à § 4 :199 de la Décision),

Déboute la s.a. de droit public Proximus du surplus de sa demande,

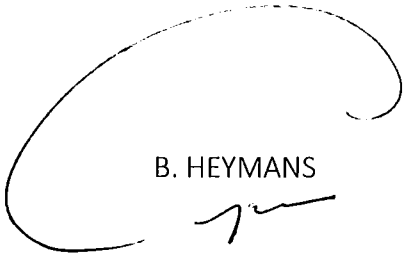
Compense les dépens entre la s.a. de droit public Proximus et l'IBPT, l'IBPT étant tenu aux frais de mise au rôle de la requête, non liquidés par la s.a. de droit public Proximus

Délaisse aux parties intervenantes leurs propres dépens,

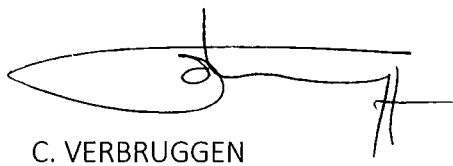
\*\*\*\*\*

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 7 juin 2017 par

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
K. PITEUS	Conseiller
C. VERBRUGGEN	Conseiller
B. HEYMANS	Greffier



B. HEYMANS



C. VERBRUGGEN



K. PITEUS



M. BOSMANS