



**Institut belge des services postaux et des
télécommunications**

**DECISION DE L'IBPT
DU 15/03/2011
RELATIVE A LA DEFINITION, L'ANALYSE DES CONDITIONS DE
CONCURRENCE, L'IDENTIFICATION DES OPERATEURS
PUISSANTS ET LA DETERMINATION DES OBLIGATIONS
APPROPRIEES POUR LE MARCHÉ 10, SELECTIONNE DANS LA
RECOMMANDATION DE LA COMMISSION EUROPEENNE DU 11
FEVRIER 2003:
SERVICES DE TRANSIT SUR LE RESEAU PUBLIC FIXE**

Version publique

Table des matières

1.	INTRODUCTION	5
1.1	CONTEXTE ET BASE LÉGALE	7
1.1.1	<i>Le cadre réglementaire européen</i>	<i>7</i>
1.1.2	<i>Principes du cadre réglementaire européen</i>	<i>9</i>
1.1.3	<i>Le cadre belge</i>	<i>10</i>
1.2	METHODOLOGIE RELATIVE A LA DEFINITION DES MARCHES PERTINENTS	11
1.2.1	<i>Définition des marchés pertinents</i>	<i>11</i>
1.2.1.1	Substituabilité du point de vue de la demande.....	12
1.2.1.2	Substituabilité du point de vue de l'offre.....	13
1.2.2	<i>Définition des marchés géographiques.....</i>	<i>15</i>
1.3	LES MARCHES DEFINIS SONT-ILS SUSCEPTIBLES D'ETRE REGULES EX ANTE ?	15
1.4	METHODOLOGIE RELATIVE A L'ANALYSE DES MARCHES PERTINENTS	16
1.4.1	<i>Principes généraux.....</i>	<i>16</i>
1.4.1.1	Position dominante simple.....	16
1.4.1.2	Position dominante conjointe	18
1.4.1.3	Analyse prospective	18
1.5	METHODOLOGIE RELATIVE A L'IMPOSITION DES REMEDES APPROPRIES	18
1.5.1	<i>Obligations de gros</i>	<i>20</i>
1.5.1.1	Transparence.....	20
1.5.1.2	Non discrimination	21
1.5.1.3	Séparation comptable	21
1.5.1.4	Accès à des ressources de réseau spécifiques et à leur utilisation.....	21
1.5.1.5	Contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts	22
1.5.2	<i>Obligations de détail</i>	<i>23</i>
1.5.3	<i>Entrée en vigueur des obligations</i>	<i>23</i>
1.6	PROCÉDURE DE CONSULTATION : BASES LÉGALES	24
1.6.1	<i>Consultation nationale.....</i>	<i>24</i>
1.6.2	<i>Avis du Conseil de la concurrence</i>	<i>25</i>
1.6.3	<i>Consultation européenne</i>	<i>27</i>
2.	PRESENTATION GENERALE ET DEFINITION DU MARCHÉ	29
2.1	ACTEURS DU MARCHÉ ET TARIFS	30
2.1.1	<i>Offre de transit de Belgacom</i>	<i>30</i>
2.1.2	<i>Offre de transit des autres opérateurs.....</i>	<i>31</i>
2.1.3	<i>Tarifs</i>	<i>31</i>
2.2	MARCHÉ PERTINENT DE PRODUITS	31
2.2.1	<i>Introduction.....</i>	<i>31</i>
2.2.2	<i>Tests de substituabilité.....</i>	<i>32</i>
2.2.2.1	Substituabilité entre les services de terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics fixes et les services de transit sur les réseaux téléphoniques publics fixes.....	32
2.2.2.2	Substituabilité entre les services de transit pour les appels intra zone d'accès et les services de transit pour les appels extra zone d'accès	33
2.2.2.3	Substituabilité entre les services de transit vers les numéros géographiques et les services de transit vers des numéros mobiles et les services à valeur ajoutée	34

2.2.3	<i>Synthèse des tests de substituabilité</i>	35
2.3	MARCHÉS PERTINENTS GÉOGRAPHIQUES.....	35
2.4	CONCLUSION SUR LA DEFINITION DU MARCHÉ.....	36
3.	TEST DES TROIS CRITERES	37
3.1	1 ^{ER} CRITERE - BARRIERES ELEVEES ET NON PROVISOIRES A L'ENTREE	37
3.1.1	<i>Barrières légales et réglementaires</i>	38
3.1.2	<i>Dépenses à fonds perdus</i>	39
3.1.3	<i>Économies d'échelle</i>	39
3.1.4	<i>Intégration verticale</i>	39
3.1.5	<i>Barrières au changement du côté des utilisateurs</i>	40
3.1.6	<i>Autres éléments d'appréciation</i>	40
3.2	2 ^{EME} CRITERE - EVOLUTION VERS UNE SITUATION DE CONCURRENCE EFFECTIVE	41
3.2.1	<i>Taille du marché, parts de marché et concentration du marché</i>	41
3.2.2	<i>Dynamique de marché</i>	46
3.2.2.1	Au niveau national.....	46
3.2.2.2	Au niveau international.....	47
3.2.2.3	Autres éléments d'appréciation	48
3.2.2.4	Analyse prospective	48
3.3	3 ^{EME} CRITERE - EFFICACITE DU SEUL DROIT DE LA CONCURRENCE.....	49
3.4	CONCLUSION SUR LE TEST DES TROIS CRITERES.....	51
3.5	CONCLUSION.....	53
4.	IMPOSITION, MAINTIEN, MODIFICATION OU SUPPRESSION D'OBLIGATIONS.....	54
4.1	OBLIGATIONS ACTUELLEMENT APPLICABLES À BELGACOM.....	54
4.1.1	<i>Obligations découlant de son statut d'opérateur puissant</i>	54
4.1.2	<i>Obligations découlant d'autres dispositions réglementaires</i>	55
4.2	RETRAIT DES OBLIGATIONS PRECEDEMENT IMPOSEES A BELGACOM EN VERTU DE SON STATUT D'OPERATEUR PUISSANT	56
4.3	TRANSITION DE LA REGULATION SECTORIELLE VERS LE DROIT DE LA CONCURRENCE.....	56
5.	PROCEDURES DE CONSULTATION, DUREE DE VALIDITE DE LA PRESENTE DECISION, RECOURS ET SIGNATURES.....	58
5.1	PROCÉDURE DE CONSULTATION.....	58
5.1.1	<i>Consultation publique</i>	58
5.1.2	<i>Saisine du Conseil de la concurrence</i>	58
5.1.3	<i>Notification européenne</i>	59
5.2	ENTREE EN VIGUEUR ET VALIDITE DE LA PRESENTE DECISION	59
5.2.1	<i>Entrée en vigueur</i>	59
5.2.2	<i>Durée de validité de la présente décision</i>	59
5.3	VOIES DE RECOURS	60
5.4	SIGNATURES.....	60
1	ANNEXE A : DONNEES CONFIDENTIELLES	62
2	ANNEXE B : LISTE DES ABREVIATIONS	63

3	ANNEXE C: RESUME DES CONTRIBUTIONS DES OPERATEURS FAITES LORS DE LA CONSULTATION PUBLIQUE	64
4	ANNEXE D: AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE.....	65
5	ANNEXE E: NOTIFICATION A LA COMMISSION EUROPEENNE	66

1. Introduction

- 1 L'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) veille à ce que la concurrence sur les marchés des télécommunications puisse se développer pleinement et équitablement. A cet effet, il est tenu d'examiner à intervalles réguliers certains marchés pertinents dans le secteur des communications électroniques et de vérifier s'il existe une concurrence réelle sur ces marchés¹. Si ce n'est pas le cas, l'IBPT peut imposer des obligations adéquates aux entreprises disposant d'une puissance significative sur un marché déterminé². Le 11 août 2006, l'IBPT adoptait une décision relative à l'analyse des marchés du groupe « téléphonie fixe »³, sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003⁴. Parmi ces marchés figuraient :
 - 1.1 des marchés de détail (marchés des services téléphoniques nationaux et internationaux, en position déterminée, pour la clientèle résidentielle et non résidentielle) ;
 - 1.2 des marchés de gros (marchés du départ d'appel et de la terminaison d'appel en position déterminée, et marché du transit sur le réseau public fixe).
- 2 Le 17 décembre 2007, la Commission européenne adoptait la seconde édition de sa Recommandation concernant les marchés de services et de produits 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.⁵
- 3 Dans cette nouvelle version de la Recommandation, la Commission a supprimé un certain nombre des marchés pertinents listés en 2003 :
 - 3.1 La Commission n'a plus retenu comme susceptibles d'être réglementés *ex ante* les anciens marchés de détail numérotés respectivement 3 (services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle), 4 (services téléphoniques internationaux

¹ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, 28070, art. 54 et 55, § 1^{er}.

² Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, 28070, art. 55, § 3.

³ Décision du Conseil de l'IBPT du 11 août 2006 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe "téléphonie fixe", sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003.

⁴ 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. L* 114, 08 mai 2003.

⁵ Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, *J.O. L* 344, 28 décembre 2007, ci-après « la Recommandation de 2007 ».

accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle), 5 (services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle) et 6 (services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle). Au vu des circonstances du marché belge analysées par l'IBPT, il a cependant jugé que les marchés 3 et 5 restaient pertinents pour une réglementation *ex ante*. La Décision de l'IBPT du 6 novembre 2008⁶ a maintenu en conséquence un certain nombre de mesures applicables à ces marchés.

- 3.2 La Commission n'a plus retenu le marché 10 des services de transit sur le réseau public fixe parmi les marchés de gros susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*.
- 4 Dans l'Exposé des motifs de la nouvelle recommandation⁷, la Commission explique qu'il y a lieu de réexaminer les marchés sur lesquels des obligations avaient été imposées: *"An important transition aspect concerns the review of markets [...] which are no longer included but where remedies have already been imposed (under the initial Recommendation) commensurate with findings of SMP. [...] The underlying principle therefore is that remedies that have been imposed should stay in place until a new market analysis is due and is undertaken. [...] NRAs should undertake a new market analysis in order to both maintain, amend or withdraw remedies imposed following an SMP finding, irrespective of whether the relevant market remains or has been removed from the Recommendation."*
- 5 La Commission précise également⁸ que *« Pour les marchés non énumérés dans la présente recommandation, les autorités réglementaires nationales doivent appliquer le test des trois critères au marché concerné. Pour les marchés figurant à l'annexe de la recommandation 2003/311/CE qui ne sont pas énumérés à l'annexe de la présente recommandation, les autorités réglementaires nationales devraient être compétentes pour appliquer le test des trois critères afin de déterminer, sur la base des circonstances nationales, si un marché est toujours susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex ante »*. La Recommandation dispose en effet que *"Lorsqu'elles recensent des marchés autres que ceux énumérés en annexe, les autorités réglementaires nationales doivent s'assurer que les trois critères suivants sont remplis en même temps : a) le présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elle soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ; b) une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée ; c) l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché."*⁹.

⁶ Décision de l'IBPT du 6 novembre 2008 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 3 et 5 sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle.

⁷ Notice explicative, SEC(2007) 1483 de la Commission accompagnant la Recommandation du 17 décembre 2007 de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*.

⁸ Considérant 17 de la Recommandation de 2007.

⁹ Article 2 de la Recommandation de 2007.

- 6 Dans sa décision du 11 août 2006 relative aux marchés de la téléphonie fixe, l'IBPT concluait¹⁰ que Belgacom disposait d'une puissance significative sur le marché des services de transit. En conséquence, Belgacom s'est vu imposer un certain nombre d'obligations. Dans le cadre de la présente décision, il appartient donc à l'IBPT :
- 6.1 de définir le marché pertinent et d'examiner dans quelle mesure la définition résultant de la décision du 11 août 2006 reste valide ou doit être adaptée d'appliquer le test précité des trois critères afin de déterminer sur la base des circonstances nationales si ce marché est susceptible de faire l'objet d'une régulation *ex ante* ;
 - 6.2 dans l'affirmative, établir s'il y a des opérateurs puissants sur le marché pertinent et, le cas échéant, déterminer les obligations à leur imposer.

1.1 Contexte et base légale

1.1.1 Le cadre réglementaire européen

- 7 Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté en 2002 cinq directives ayant pour objet d'établir un nouveau cadre réglementaire pour la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques:
- 7.1 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 (directive « cadre »)¹¹.
 - 7.2 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 (Directive « autorisation »)¹².
 - 7.3 La Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (Directive « accès »)¹³.
 - 7.4 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

¹⁰ Décision du Conseil de l'IBPT du 11 août 2006 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe "téléphonie fixe", sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003, 248.

¹¹ 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, *J.O. L 108*, 24 avril 2002,, 33-50.

¹² Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (Directive « Autorisation ») (*J.O.L 108*, 24 avril 2002, 21-32)

¹³ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, *J.O. L 108*, 24 avril 2002, 7-20 (Directive « Accès »).

des réseaux et services de communications électroniques (Directive « service universel »)¹⁴.

7.5 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 (Directive « vie privée et communications électroniques »)¹⁵.

8 Fin 2009, ces directives ont été modifiées par les directives suivantes :

8.1 La Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs¹⁶.

8.2 La Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques¹⁷.

9 La Commission européenne avait par ailleurs complété ce cadre réglementaire notamment par :

¹⁴ 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, *J.O. L* 108, 24 avril 2002, 51-57.

¹⁵ 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, *J.O. L* 201, 31 juillet 2002, 37-47 (Directive « Vie privée et communications électroniques »).

¹⁶ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le Règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs. *J.O. L* 337, 18 décembre 2009, 11-36.

¹⁷ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion et 2002/20/CE relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, *J.O. L* 337, 18 décembre 2009, 37-69.

- 9.1 La Directive 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques¹⁸.
- 9.2 Les Lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03)¹⁹.
- 9.3 La Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* 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 électroniques²⁰.
- 9.4 La Recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007 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 électroniques²¹.

1.1.2 Principes du cadre réglementaire européen

- 10 Afin de garantir une concurrence effective sur les marchés de communications électroniques, le cadre réglementaire européen contraint les autorités réglementaires nationales à imposer des obligations aux opérateurs de communications électroniques désignés puissants sur un marché pertinent²². Le concept de « puissance » est équivalent au concept de position dominante en droit de la concurrence²³. La Directive « cadre » a mis en place une procédure de définition du marché et une procédure d'analyse de marché inspirées du droit de

¹⁸ Directive 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques; *J.O. L 249*, 17 septembre 2002, 21-26.

¹⁹ Lignes directrices 2002/C 165/03 de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O. C 165*, 11 juillet 2002, 6-31.

²⁰ Recommandation 2003/311/CE 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. L 114*, 8 mai 2003, 45-49.

²¹ Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 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. L 344*, 28 décembre 2007, 65-69.

²² Article 16 de la Directive « cadre ».

²³ Article 14 de la Directive « cadre » : « Une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. ».

la concurrence. Ces procédures sont conduites par chaque autorité réglementaire nationale (ARN) et font intervenir tant la Commission européenne que les ARN des autres États membres.²⁴

- 11 L'article 15 de la Directive « cadre » dispose qu'après « *consultation publique et consultation des ARN, la Commission européenne adopte une Recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services* ». La Recommandation recense « *les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives particulières* ».
- 12 Conformément à l'article 15 de la Directive « cadre », la Commission européenne a adopté une première « Recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services » en 2003. Ces marchés pertinents ont été définis par la Commission européenne sur la base de l'Annexe I de la Directive « cadre » qui indique les marchés pertinents devant figurer dans la première recommandation. Une deuxième Recommandation a été adoptée le 17 décembre 2007.
- 13 L'article 16 de la Directive « cadre »²⁵ dispose ensuite que « *dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle, les ARN effectuent une analyse des marchés pertinents* ». Cet article a été transposé à l'article 54 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.
- 14 La Directive « cadre » reconnaît que les circonstances de marché nationales peuvent rendre inadaptée la reprise des définitions de marché contenues dans la Recommandation : dans ce cas, celles-ci peuvent être élargies ou réduites.²⁶ La Commission européenne envisage la possibilité que le contexte national puisse amener les ARN à identifier des marchés pertinents additionnels ou à effectuer un découpage plus fin de certains marchés pertinents.
- 15 Pour encadrer la mise en œuvre de la Recommandation par les ARN, la Directive « cadre » prévoit l'adoption par la Commission européenne de « lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché » (ci après les « Lignes directrices »), ce qu'a fait la Commission européenne en 2002.²⁷ Les Lignes directrices rappellent les principes méthodologiques applicables à la définition des marchés, à l'analyse des marchés et à la détermination des obligations. Elles disposent également que les ARN doivent procéder à une analyse prospective et dynamique des marchés.²⁸

1.1.3 Le cadre belge

- 16 La loi belge applicable à la présente analyse de marché est la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après la « loi du 13 juin 2005 »)²⁹. Cette loi a été ensuite modifiée notamment par la loi du 18 mai 2009 portant des

²⁴ Voir article 15 de la Directive « cadre »

²⁵ Voir article 16 de la directive « cadre ».

²⁶ Voir article 15.3 de la directive « cadre ».

²⁷ Lignes directrices 2002/C 165/03 de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O. C 165* 11 juillet 2002.

²⁸ Voir point 26 des lignes directrices, *op. cit.*

²⁹ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.* 20 juin 2005, 28070.

dispositions diverses en matière de communications électroniques³⁰. Les missions et compétences de l'IBPT ont été établies dans la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges³¹.

1.2 Méthodologie relative à la définition des marchés pertinents

- 17 L'objectif de cette section est de présenter la démarche suivie par l'IBPT pour la définition des marchés pertinents de communications électroniques. Elle n'entend se substituer ni aux lignes directrices de la Commission européenne, ni à la Recommandation sur les marchés pertinents, ni au droit communautaire de la concurrence de manière générale. Il y a lieu de rappeler ce qui est écrit au considérant 16 de la Recommandation de 2007: «*Le recensement de marchés en vertu de la présente recommandation ne porte pas préjudice à la définition de marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. En outre, la portée de la réglementation ex ante n'influence pas la portée des activités qui peuvent être analysées au titre du droit de la concurrence.* » Le Conseil de la concurrence a également déclaré à cet égard dans sa décision dans l'affaire BASE/Belgacom Mobile : «*Le Conseil souhaite souligner qu'il est préférable que l'autorité de concurrence, en l'occurrence le Conseil, et les autorités de régulation, notamment l'IBPT, adoptent des approches similaires en matière d'analyse de marché. Cependant, l'analyse par le Conseil se fait obligatoirement en fonction des faits spécifiques de chaque dossier et sa tâche est, par sa nature, différente de celle des régulateurs. L'application concrète des méthodes d'analyse de marché peut conduire à des résultats différents selon la nature du problème de concurrence en cause.* ».³²

1.2.1 Définition des marchés pertinents

- 18 Préalablement à l'identification des entreprises puissantes sur le marché, l'IBPT se doit de définir les marchés pertinents de produits ou de services et les marchés pertinents géographiques.
- 19 Selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), le marché pertinent de produits ou de services comprend tous les produits ou les services qui sont *suffisamment* interchangeables ou substituables l'un à l'autre, en fonction non seulement de leurs caractéristiques objectives, en vertu desquelles ils sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des consommateurs, de leur prix ou leur usage prévu, mais également en fonction des conditions de concurrence et/ou de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en question.³³ A contrario, la CJCE estime que

³⁰ Loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière des communications électroniques, *M.B.* 4 juin 2009, 39917.

³¹ Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.* 24 janvier 2003, 2591.

³² Décision du Conseil de la concurrence du 26 mai 2009, dans l'affaire CONC – P/K-05/0065: BASE/BMB,16.

³³ Voir par exemple : Affaire C-333/94 P, Tetra Pak contre la CE, Recueil 1996, p. I-5951, point 13; affaire 31/80, L'Oréal, Recueil 1980, p. 3775, point 25; affaire 322/81, Michelin contre la CE, Recueil 1983, p. 3461, point 37; affaire C-62/86, AkzoChemie contre la CE, Recueil 1991, p. I-3359.

les produits ou les services qui ne présentent entre eux qu'un degré *faible* ou *relatif* d'interchangeabilité ne font pas partie du même marché.³⁴

- 20 Afin de définir les marchés pertinents, les critères de substituabilité du côté de l'offre et de la demande sont utilisés. Le critère de la substituabilité du côté de la demande est utilisé pour déterminer dans quelle mesure les consommateurs sont disposés à substituer d'autres services ou produits au service ou produit en question, tandis que la substituabilité du côté de l'offre indique si des fournisseurs autres que ceux qui offrent le produit ou le service en question réorienteraient, sans délai ou à court terme, leur production ou offriraient les produits ou les services en question sans encourir d'importants coûts supplémentaires.
- 21 Dans la segmentation des marchés de produits, la CJCE accorde une plus grande importance à la détermination de la substituabilité de la demande qu'à la substituabilité de l'offre.
- 22 Pour déterminer la substitution du côté de la demande et de l'offre, on peut, lorsque cela est approprié, utiliser le test du monopoleur hypothétique.³⁵ Le principe de ce test est de considérer le marché comme un service, ou un ensemble de services, sur lequel une entreprise hypothétique, cherche à maximiser ses profits. Cette entreprise est supposée exempte de toute réglementation en matière de prix, et représente l'unique fournisseur du service ou du groupe de services en question. Cette augmentation hypothétique de prix est communément désignée par le test d'une « augmentation des prix relatifs » – ou test *small significant non-transitory increase in price* (SSNIP). Il s'agit généralement d'une augmentation de l'ordre de 5% à 10% pendant une période d'un an. Le test SSNIP constitue un guide d'analyse utile, mais ne saurait être utilisé comme une procédure générique de définition des marchés.

1.2.1.1 Substituabilité du point de vue de la demande

- 23 Concernant la substituabilité du côté de la demande, il y a lieu de dresser une liste non limitative des principaux critères. Il n'est pas obligatoire d'utiliser l'ensemble de ces critères pour chaque cas. Ces critères sont :
 - 23.1 **Les caractéristiques techniques d'un produit ou d'un service** sont systématiquement analysées en premier car elles définissent de manière factuelle (c'est à dire objective) les propriétés des produits.
 - 23.2 **L'usage d'un produit ou d'un service par un utilisateur** est central dans la mesure où l'interchangeabilité des produits dépend en grande partie de leur utilisation et de l'attente des utilisateurs. Ainsi, des produits ayant des caractéristiques différentes, mais correspondant à une même utilisation, peuvent être considérés comme substituables du point de vue de la demande. A l'inverse, des produits similaires du point de vue des caractéristiques, mais n'ayant pas le même usage, peuvent ne pas appartenir au même marché.
 - 23.3 **La tarification d'un produit ou d'un service.** Même si cet élément n'est pas décisif en lui-même pour conclure à la substituabilité du point de vue de la demande, un écart de prix substantiel et durable entre différents produits

³⁴ Voir par exemple : Affaire C-333/94 P, Tetra Pak contre la CE, Recueil 1996, p. I-5951, point 13; affaire 66/86, AhmedSaeed, Recueil 1989, p. 803, points 39 et 40; affaire UnitedBrand s contre la CE, Recueil 1978, p. 207, points 22 à 29 et point 12.

³⁵ Comme recommandé au point 40 des Lignes directrices.

constitue un indice de non substituabilité et donc de non appartenance au même marché.

- 24 Les critères mentionnés ci dessus ne sont pas limitatifs. Lorsque cela est pertinent, on pourra utiliser d'autres critères, comme l'environnement réglementaire, les normes utilisées, la perception de la marque d'un produit par les utilisateurs finals.
- 25 En dernier lieu, on peut noter que le secteur des communications électroniques se caractérise par des évolutions technologiques rapides, impliquant des phénomènes de migration technologique de la part des utilisateurs. Par exemple, dans le secteur de l'accès à Internet de détail, on a pu constater une migration des utilisateurs finals d'offres bas débit vers les offres haut débit. Ce type de phénomène ne traduit pas nécessairement une substituabilité du côté de la demande. Une migration technologique de ce type est unidirectionnelle et n'est pas (ou peu) motivée par des variations tarifaires du type « SSNIP ». Elle est motivée surtout par les services additionnels offerts par la nouvelle technologie.

1.2.1.2 Substituabilité du point de vue de l'offre

- 26 La substitution par rapport à l'offre permet de « tenir compte de la probabilité que des entreprises qui ne sont pas encore actives sur le marché pertinent de produits décident d'y entrer dans un délai raisonnable ». La jurisprudence communautaire³⁶ et la pratique administrative de la Commission européenne³⁷ n'intègrent pas l'autofourniture dans la définition des marchés pertinents, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre production. D'autre part, la « substituabilité du côté de l'offre purement hypothétique ne suffit pas aux fins de la définition du marché ».³⁸ Les ARN doivent tenir compte des éléments suivants :
- 26.1 Les coûts globaux d'adaptation de la production au produit en question sont relativement négligeables.
- 26.2 Le fait qu'une entreprise rivale possède certains des actifs nécessaires à la prestation d'un service donné est sans importance si un volume

³⁶ Voir Affaire IV/M126. De même, dans la décision Accor/Wagon-lit, la CE rappelait que « contrairement à l'opinion d'Accor, le marché pertinent n'inclut pas la restauration collective exécutée par des collectivités en autogestion (restauration collective directe). L'autogestion d'une cantine par une entreprise ou une administration n'est pas un service offert sur le marché de la prestation de services en matière de restauration. Elle ne représente pas une alternative pour les clients recherchant une restauration collective fournie par un tiers ».

³⁷ Voir point 98 de la Communication 2000/C 291/01 de la Commission du 13 octobre 2000 : lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O. C 291*, 13 octobre 2000, 1-44 : « La production interne, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre production, peut revêtir une très grande importance dans une analyse de la concurrence en tant que contrainte concurrentielle ou en tant que facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché. Cependant, pour définir le marché et calculer la part de marché pour les biens et les services intermédiaires, la production interne ne sera pas prise en considération ».

³⁸ 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, *J.O. C 165* 11 juillet 2002, 6.

considérable d'investissements supplémentaires est nécessaire pour commercialiser le service en question et en tirer des bénéfices.³⁹

- 26.3 Les ARN doivent vérifier si un fournisseur donné utiliserait ou adapterait effectivement ses capacités pour fabriquer le produit ou offrir le service en question (en vérifiant, par exemple, si les capacités en question ne sont pas affectées à des contrats de fourniture de longue durée, etc.).
- 27 Pour éviter une segmentation excessive des marchés la Commission européenne retient parfois une acception plus large de la substituabilité du point de vue de l'offre. Dans ces cas, la Commission européenne regarde juste la capacité d'une entreprise à adapter son appareil de production pour fournir un service. Si la modification de l'outil de production n'exige pas d'investissements ni de délais importants, la Commission européenne intègre dans un seul et même marché des produits A et des produits B qui ne seraient pas substituables du point de vue de la demande. Cette approche est pertinente pour les marchés sur lesquels prévalent les mêmes conditions de concurrence (mêmes barrières à l'entrée, mêmes opérateurs, même opérateur en position dominante, mêmes perspectives d'évolution).⁴⁰ Une segmentation excessive pourrait être remise en cause rapidement par des innovations technologiques. La délimitation de marchés pertinents n'interdit pas au régulateur d'adopter des mesures de régulation différenciées au sein de ces marchés. Le régulateur doit donc s'interroger sur l'utilité finale d'une segmentation fine du marché.
- 28 Dans la segmentation des marchés de produits, la CJCE accorde une plus grande importance à la détermination de la substituabilité de la demande qu'à celle de la substituabilité de l'offre. Si la substitution par rapport à la demande est établie, il n'est alors pas indispensable dans la pratique de procéder à la substituabilité par rapport à l'offre, les deux offreurs étant déjà sur le même marché de produits. De manière pratique, une analyse de la substituabilité du point de vue de l'offre viendrait alors juste confirmer l'analyse de la substituabilité de la demande. Dans certains cas, la substituabilité au niveau de la demande sera faible voire inexistante. Dans ces cas précis, l'existence d'une substituabilité au niveau de l'offre pourra infirmer les conclusions au niveau de la demande et donc permettre d'inclure le service en question dans le marché pertinent.

Ce raisonnement est élaboré dans le tableau de décision suivant.

<i>Conditions</i>	Substituabilité du côté de la demande entre A et B	oui	non	non
	Substituabilité du côté de l'offre entre A et B	-	oui	non
<i>Résultat</i>	A et B dans un même marché	oui	oui	non

Figure 1.1: Tableau de décision concernant la substitution du côté de la demande et de l'offre

³⁹ Voir également l'arrêt rendu dans l'affaire C-333/94 P, Tetra Pak contre la CE, précitée, point 19. Comme indiqué plus haut, les investissements nécessaires doivent aussi être réalisés dans un délai raisonnable.

⁴⁰ Pour une application de ce principe dans le contexte du nouveau cadre réglementaire, voir l'avis n° 05-A-05 du Conseil de la Concurrence français du 16 février 2005, §19.

1.2.2 Définition des marchés géographiques

- 29 Selon une jurisprudence constante de la CJCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.⁴¹
- 30 La CJCE a estimé à plusieurs reprises que la définition du marché géographique n'implique pas que les conditions de concurrence entre négociants ou prestataires de services soient parfaitement homogènes. Il suffit selon elle qu'elles soient *similaires ou suffisamment homogènes* et, par voie de conséquence, seuls les territoires sur lesquels les conditions de concurrence sont «hétérogènes» ne peuvent être considérés comme constituant un marché uniforme.⁴² En définitive, il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de monopole pourrait effectivement être exercé sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens et services.
- 31 Pour définir les marchés géographiques, on peut utiliser les critères de substituabilité de la demande et de l'offre, combinés avec le test du monopoleur hypothétique. En pratique, la Commission européenne rappelle dans les lignes directrices que dans le secteur des communications électroniques, les limites géographiques d'un marché sont généralement fonction de la couverture des réseaux et des obligations légales et réglementaires.⁴³ On peut citer d'autres critères qui ont parfois été pris en compte dans certaines affaires en matière de concurrence : cadre réglementaire, fonctionnalités de services, norme (GSM par exemple), tarification, pratiques commerciales.

1.3 Les marchés définis sont-ils susceptibles d'être régulés ex ante ?

- 32 Dans la Recommandation du 17 décembre 2007, il est écrit que la réglementation *ex ante* et le droit de la concurrence sont à utiliser comme des moyens d'action complémentaires pour atteindre les objectifs fixés dans le secteur des communications électroniques et pour remédier au manque de concurrence effective et que, parallèlement, l'une des règles fondamentales veut que la réglementation *ex ante* soit levée lorsqu'elle n'est plus nécessaire.
- 33 Trois critères sont jugés appropriés pour recenser les marchés pertinents⁴⁴. Ces critères sont cumulatifs : il suffit que l'un d'eux ne soit pas rempli pour que le test soit négatif et que le marché ne puisse pas être régulé *ex ante*. Ces critères sont les suivants :

⁴¹ Voir par exemple : Arrêt *United Brands*, point 44; arrêt *Michelin* précité, point 26.

⁴² Voir par exemple : Ger. EG T-229/94 *Deutsche Bahn tegen de Commissie*, *Jurispr.* 1997, II-1689, r.o. 92; Ger. EG T-139/98, *AAMS tegen de Commissie*, *Jurispr.* 2001, II-03413, r.o. 39.

⁴³ Voir décision 1999/573/CE de la CE, du 20 mai 1999, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (affaire IV/36.592- Cégétel +4), *J.O. L* 218, 18 août 1999, 14-23.

⁴⁴ Article 2 de la Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 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. L* 344, 28 décembre 2007, 65-69.

- 33.1 Le premier critère consiste à déterminer si un marché présente des barrières à l'entrée élevées et non provisoires ; deux types de barrières peuvent être distingués : les barrières structurelles et les barrières légales ou réglementaires.
- 33.2 Le deuxième critère consiste à déterminer si les caractéristiques d'un marché présagent une évolution vers une situation de concurrence effective ; ce critère est dynamique et prend en compte un certain nombre d'aspects structurels et comportementaux, qui permettent de savoir si, sur la période considérée, le marché va devenir plus concurrentiel . Un cas typique est un marché qui abrite un nombre limité, mais suffisant, d'entreprises actives au-delà des barrières à l'entrée qui se distinguent par leur structure de coûts et répondent à une demande élastique par rapport au prix. Pour déterminer si un marché présente ces caractéristiques, il y a lieu de tenir compte de l'évolution passée, de la situation présente et également de l'avenir pour autant que ce soit fait dans des limites temporelles précises (correspondant à l'intervalle qui sépare les réexamens effectués par les ARN) et non comme une spéculation théorique.
- 33.3 Le troisième critère envisage l'efficacité suffisante du droit de la concurrence en lui-même (sans réglementation *ex ante*), compte tenu des caractéristiques du secteur des communications électroniques.

1.4 Méthodologie relative à l'analyse des marchés pertinents

- 34 L'objectif de cette section est de présenter la démarche suivie par l'IBPT pour l'analyse des marchés pertinents de communications électroniques. Elle n'entend se substituer ni aux Lignes directrices de la Commission européenne, ni à la Recommandation sur les marchés pertinents, ni au droit communautaire de la concurrence de manière générale.

1.4.1 Principes généraux

- 35 L'analyse des marchés a pour objectif d'identifier les entreprises puissantes sur les marchés étudiés.

1.4.1.1 Position dominante simple

- 36 L'article 14 de la Directive « cadre » dispose qu'une « entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est à dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs ».
- 37 L'article 14.3 de la Directive « cadre » précise que « lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché particulier, elle peut également être considérée comme puissante sur un marché étroitement lié, lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'utiliser sur un des deux marchés, par effet de levier, la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance de l'entreprise sur le marché ».

- 38 Dans une analyse *ex ante*, la dominance se détermine par la possibilité que l'entreprise en cause a « d'augmenter ses prix en restreignant sa production sans enregistrer une baisse significative de ses ventes ou de ses recettes »⁴⁵.
- 39 Pour identifier une entreprise disposant d'une puissance significative sur le marché, la mesure des parts de marché est un élément fondamental, mais il n'est ni décisif ni suffisant. Les Lignes directrices de la Commission européenne rappellent plusieurs principes à ce sujet :
- 39.1 Il est improbable que des entreprises dont la part de marché n'excède pas 25% détiennent une position dominante individuelle sur le marché pertinent.
- 39.2 Il est probable que des entreprises dont la part de marché excède 40% disposent d'une position dominante.
- 39.3 Il est certain, sauf circonstances exceptionnelles, que des entreprises dont la part de marché excède 50% disposent d'une position dominante.
- 40 En complément du calcul des parts de marché, les lignes directrices énoncent également plusieurs critères qui permettent de mesurer le niveau de concurrence actuel et son évolution pendant la durée de la période d'analyse :
- 40.1 la taille globale de l'entreprise
- 40.2 le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer
- 40.3 les avancées ou la supériorité technologiques
- 40.4 l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs
- 40.5 l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières
- 40.6 la diversification des produits et/ou des services (par exemple, produits ou services groupés)
- 40.7 les économies d'échelle
- 40.8 les économies de gamme
- 40.9 l'intégration verticale
- 40.10 l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé
- 40.11 l'absence de concurrence potentielle
- 40.12 des entraves à l'expansion.
- 41 Cette liste n'est ni exhaustive ni cumulative. Seule la réunion de plusieurs critères constitue un élément décisif pour la détermination de la position dominante.

⁴⁵ Voir point 73 des lignes directrices op. cit.

- 42 La dominance peut être limitée par l'existence :
- 42.1 de faibles barrières à l'entrée sur le marché ;
 - 42.2 d'un contre-pouvoir exercé par les acheteurs ;
 - 42.3 de concurrents potentiels. Les ARN doivent donc tenir compte de l'éventualité que des entreprises n'exerçant pas encore d'activité sur le marché pertinent puissent décider à moyen terme d'y prendre pied à la suite d'une augmentation légère mais significative et durable des prix. L'analyse à moyen terme se différencie donc de l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre dans la définition des marchés qui implique une analyse à court terme.

1.4.1.2 Position dominante conjointe

- 43 La Directive « cadre » dispose que lorsque les ARN procèdent à une évaluation visant à déterminer si deux entreprises, ou plus, occupent conjointement une position dominante sur un marché, elles se conforment aux dispositions du droit communautaire et tiennent le plus grand compte des lignes directrices.
- 44 Deux entreprises (ou plus) peuvent être en situation de dominance conjointe même s'il n'existe entre elles aucun lien structurel ou autre. La dominance conjointe peut être constatée dans un marché dont la structure est considérée comme propice à produire des effets coordonnés.
- 45 L'annexe II de la Directive « cadre » dresse de surcroît une liste non limitative de critères non cumulatifs pour apprécier la position dominante conjointe : marché arrivé à maturité, stagnation ou croissance modérée de la demande, faible élasticité de la demande, produits homogènes, structures de coût analogues, parts de marché similaires, absence d'innovations techniques, technologie au point, absence de capacité excédentaire, importantes barrières à l'entrée, absence de contre-pouvoir des acheteurs, absence de concurrence potentielle, diverses sortes de liens informels ou autres entre les entreprises concernées, mécanismes de rétorsion, absence ou possibilité réduite de concurrence par les prix.

1.4.1.3 Analyse prospective

- 46 La Directive « cadre » dispose que l'«analyse du caractère effectif de la concurrence devrait notamment porter sur les perspectives que ce marché offre en termes de concurrence afin de déterminer si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de perdurer»⁴⁶.
- 47 Lorsque la Commission européenne a recensé les 18 marchés de la Recommandation du 11 février 2003 sur les marchés pertinents ou les 7 marchés de la Recommandation du 17 décembre 2007, elle a également utilisé une analyse prospective. En effet, les trois critères utilisés par la Commission européenne (présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, caractère dynamique du marché, capacité du droit de la concurrence à instaurer à lui seul une concurrence effective sur le marché) nécessitent une analyse prospective.

1.5 Méthodologie relative à l'imposition des remèdes appropriés

- 48 L'objectif de cette section est de présenter la démarche suivie par l'IBPT pour l'imposition des remèdes appropriés dans le cadre de l'analyse des marchés

⁴⁶ Voir Considérant 27 de la directive « Cadre ».

pertinents de communications électroniques. Elle n'entend se substituer ni aux lignes directrices de la Commission européenne, ni à la Recommandation sur les marchés pertinents, ni au droit communautaire de la concurrence de manière générale.

- 49 Lorsqu'une entreprise dispose d'une puissance significative sur un marché de détail ou sur un marché de gros, l'ARN doit appliquer au moins une obligation. Sur les marchés de gros, les ARN peuvent imposer les remèdes prévus dans la Directive « accès ». Sur les marchés de détail, les ARN doivent privilégier les remèdes de la Directive « accès ». Si l'ARN présume que ceux-ci ne seraient pas suffisants pour réaliser les objectifs du nouveau cadre réglementaire, elle peut alors imposer des obligations prévues par l'article 17 de la Directive « service universel ».
- 50 En revanche, lorsqu'il ressort de l'analyse que le marché est effectivement concurrentiel, les obligations visées aux articles 58 à 65 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont ni imposées ni maintenues.
- 51 Conformément à la législation nationale et communautaire, et notamment l'article 8 de la Directive « Cadre » et l'article 8(4) de la Directive « Accès », dans la sélection des mesures imposées aux opérateurs puissants, l'Institut s'efforce d'identifier les obligations au regard des objectifs du cadre réglementaire. L'Institut veille en particulier à ce que les obligations proposées soient justifiées et proportionnées aux objectifs et aux problèmes de marché identifiés. Pour ce faire, l'Institut fera le choix des obligations qu'il estime nécessaires et suffisantes pour atteindre le ou les buts recherchés, sans aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour traiter le problème.
- 52 Les objectifs sont énoncés à l'article 8 de la Directive « cadre » et repris à l'article 6 de la loi du 13 juin 2005 sont :
- 52.1 la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés⁴⁷ ;
- 52.2 le développement du marché intérieur⁴⁸ ;

⁴⁷ Voir article 8.2 de la directive « Cadre », op. cit. Selon la directive « Cadre », cet objectif s'accomplit notamment en :

- a) en veillant à ce que les utilisateurs, y compris les utilisateurs handicapés, retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité
- b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques
- c) en encourageant des investissements efficaces en matière d'infrastructures, et en soutenant l'innovation
- d) en encourageant l'utilisation et la gestion efficaces des radiofréquences et des ressources de numérotation

⁴⁸ Selon la Directive « Cadre », les ARN doivent réaliser cet objectif en :

- a) en supprimant les derniers obstacles à la fourniture de réseaux de communications électroniques, de ressources et services associés et de services de communications électroniques au niveau européen
- b) en encourageant la mise en place et le développement de réseaux transeuropéens et l'interopérabilité des services paneuropéens et la connectivité de bout en bout

52.3 le soutien des intérêts des citoyens de l'Union européenne⁴⁹.

53 Pour réaliser ces objectifs, les ARN peuvent imposer des obligations plus ou moins contraignantes⁵⁰. Lorsqu'un marché est concurrentiel, une ARN n'impose ni ne maintient les obligations au titre de la Directive « accès » ou de la Directive « service universel »⁵¹. Lorsqu'un marché n'est pas concurrentiel, une ARN est obligée d'imposer au moins une obligation réglementaire. Si l'ARN le juge approprié, elle peut aussi modifier ces obligations ou imposer de nouvelles obligations. La faculté d'imposer des obligations supplémentaires (non identifiées dans les directives européennes) est soumise à une possibilité de veto de la Commission européenne.

1.5.1 Obligations de gros

54 Les articles 9 à 13 de la Directive « accès » énoncent les obligations standards que les ARN peuvent appliquer sur un marché de gros ou de détail. Elles concernent :

1.5.1.1 Transparence

55 Lorsque l'opérateur est soumis à une obligation de non discrimination, l'ARN peut lui imposer notamment une obligation de publication d'une Offre de Référence (conformément à l'article 59, § 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques).

-
- c) en veillant à ce qu'il n'y ait pas, dans des circonstances analogues, de discrimination dans le traitement des entreprises qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques
 - d) en coopérant entre elles ainsi qu'avec la CE, de manière transparente, afin de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes et à l'application cohérente de la présente directive et des directives particulières

⁴⁹ Selon la Directive « Cadre », les ARN doivent réaliser cet objectif notamment en :

- a) en assurant à tous l'accès à un service universel spécifié dans la directive 2002/22/CE (directive "service universel")
- b) en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs, en particulier en garantissant l'existence de procédures de règlement des litiges simples et peu coûteuses mises en oeuvre par un organisme indépendant des parties concernées
- c) en contribuant à assurer un niveau élevé de protection des données à caractère personnel et de la vie privée
- d) en encourageant la fourniture d'informations claires, notamment en exigeant la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public
- e) en répondant aux besoins de groupes sociaux particuliers, notamment les utilisateurs handicapés
- f) en garantissant l'intégrité et la sécurité des réseaux de communications publics

⁵⁰ Les Lignes directrices précisent que « si une entreprise a déjà été soumise à des obligations au titre du cadre réglementaire de 1998, l'ARN doit examiner si le maintien d'obligations analogues reste justifié, compte tenu du nouveau cadre réglementaire, sur la base d'une nouvelle analyse du marché effectuée conformément aux présentes lignes directrices ». S'il apparaît que l'entreprise concernée est puissante sur un marché pertinent selon les critères du nouveau cadre réglementaire, des obligations réglementaires semblables à celles imposées précédemment peuvent donc être maintenues.

⁵¹ Voir article 16 de la Directive « Cadre ».

1.5.1.2 Non discrimination

- 56 Conformément à l'article 58 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, l'opérateur peut être soumis à une obligation de non-discrimination.
- 57 La non discrimination se définit comme l'application de conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents. La non discrimination s'apprécie notamment par rapport aux services, filiales et partenaires de l'opérateur dominant. Elle s'applique aux services et aux informations pertinentes nécessaires aux opérateurs alternatifs pour exercer leur activité.

1.5.1.3 Séparation comptable

- 58 La séparation comptable concerne notamment la transparence des prix de gros et des prix de transferts internes. La séparation comptable a pour objectif de garantir le respect du principe de non discrimination et le cas échéant la prévention des subventions croisées abusives. Le format et la méthodologie mis en œuvre pour la séparation comptable sont définis par les ARN (en application de l'article 60, §1, 2ème alinéa de la loi du 13 juin 2005, l'IBPT spécifie le modèle et la méthodologie comptables à utiliser par l'opérateur visé).

1.5.1.4 Accès à des ressources de réseau spécifiques et à leur utilisation

- 59 L'article 12§1 de la Directive « accès » et l'article 61 de la loi relative du 13 juin 2005 reprennent une liste non exhaustive d'obligations en matière d'accès. Un opérateur puissant sur un marché de gros ou de détail peut se voir imposer :
- 59.1 d'accorder à des tiers l'accès à certains éléments et/ou ressources de réseau, y compris l'accès dégroupé à la boucle locale
 - 59.2 de négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent un accès
 - 59.3 de ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé
 - 59.4 d'offrir des services en gros spécifiés en vue de la revente à des tiers
 - 59.5 d'accorder un accès ouvert aux interfaces techniques, protocoles ou autres technologies clés qui revêtent une importance essentielle pour l'interopérabilité des services ou des services de réseaux virtuels
 - 59.6 de fournir une possibilité de co-localisation ou d'autres formes de partage des ressources, y compris l'utilisation partagée de chemins de câbles, bâtiments ou pylônes
 - 59.7 de fournir les services spécifiques nécessaires pour garantir aux utilisateurs l'interopérabilité des services de bout en bout, notamment en ce qui concerne les ressources destinées aux services de réseaux intelligents ou permettant l'itinérance sur les réseaux mobiles
 - 59.8 de fournir l'accès à des systèmes d'assistance opérationnelle ou à des systèmes logiciels similaires nécessaires en vue de garantir une concurrence équitable dans le cadre de la fourniture de services
 - 59.9 d'interconnecter des réseaux ou des ressources de réseau.
- 60 En vertu de l'article 12§2 de la Directive « accès » et de l'article 61, §2 de la loi du 13 juin 2005, les ARN doivent prendre en considération les éléments suivants dans la définition des remèdes en matière d'accès:

- 60.1 la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place de ressources concurrentes, compte tenu du rythme auquel le marché évolue et de la nature et du type d'interconnexion et d'accès concernés
- 60.2 le degré de faisabilité de la fourniture d'accès proposée, compte tenu de la capacité disponible
- 60.3 l'investissement initial réalisé par le propriétaire des ressources, sans négliger les risques inhérents à l'investissement
- 60.4 la nécessité de préserver la concurrence à long terme
- 60.5 le cas échéant, les éventuels droits de propriété intellectuelle pertinents
- 60.6 la fourniture de services paneuropéens.

1.5.1.5 Contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts

- 61 Les ARN peuvent entre autres fixer une obligation en matière d'orientation sur les coûts (conformément à l'article 62, §1er de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques).
- 62 L'article 13, § 1er, de la Directive Accès stipule: « *Les autorités réglementaires nationales peuvent [...] imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris les obligations concernant l'orientation des prix [...] lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals* ».

Les ARN doivent tenir compte des investissements réalisés par l'opérateur et de la nécessité de lui permettre de rémunérer raisonnablement le capital adéquat engagé.

1.5.2 Obligations de détail

63 L'article 17, §1er de la Directive Service universel, repris par l'article 64 de la loi relative du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques⁵², permet l'instauration d'obligations lorsque :

- à la suite d'une analyse du marché effectuée conformément à l'article 16, paragraphe 3, une ARN constate qu'un marché de détail donné, déterminé conformément à l'article 14 de la Directive Cadre, n'est pas en situation de concurrence réelle;
- l'ARN conclut que les obligations imposées au titre de la Directive Accès ou de l'article 19 de la présente directive ne permettraient pas de réaliser les objectifs fixés à l'article 8 de la Directive Cadre.

L'emploi du conditionnel au deuxième alinéa indique qu'il ne faut pas attendre l'échec des obligations de gros pour pouvoir imposer des obligations de détail (si celles-ci s'avèrent justifiées et appropriées aux termes de l'évaluation prospective du marché).

64 Les obligations visées par l'article 17 de la Directive Service universel et l'article 64 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques portent sur les interdictions:

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

65 L'article 17 stipule que : « *Les autorités réglementaires nationales peuvent appliquer à ces entreprises des mesures d'encadrement des tarifs de détail, des mesures visant à maîtriser certains tarifs ou des mesures visant à moduler les tarifs en fonction des coûts ou des prix sur des marchés comparables, afin de protéger les intérêts des utilisateurs* ».

1.5.3 Entrée en vigueur des obligations

66 L'article 27 de la Directive cadre prévoit que « Les Etats Membres maintiennent les obligations prévues par leur législation nationale visées à l'article 7 de la Directive 2002/19/CE (Directive «accès») et à l'article 16 de la Directive 2002/22/CE (Directive «service universel») jusqu'au moment où une détermination est faite concernant ces obligations par une autorité réglementaire nationale conformément à l'article 16 de la présente directive ». Cette disposition est transposée par l'article 162 de la loi communications électroniques du 13 juin 2005. L'Institut procède à une telle détermination dans le cadre de la décision qu'il rend au terme de chaque analyse de marché. A ce moment, l'Institut précise, pour chaque opérateur (devenu) SMP, s'il y a lieu de lever les obligations existantes, les

⁵² L'article 64, § 1er, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques dispose que : « Si l'IBPT constate que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 ne permettraient pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8, il peut imposer, conformément à l'article 55, §§ 3 et 5, une ou plusieurs des obligations visées au deuxième alinéa aux opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné. ».

modifier ou en prévoir de nouvelles. Sauf mention contraire, la présente décision de l'Institut entrera en vigueur à la date précisée à la fin de la présente décision.

1.6 Procédure de consultation : bases légales

1.6.1 Consultation nationale

67 La consultation nationale est basée sur l'article 6 de la Directive 2002/21/CE⁵³

Sauf dans les cas relevant de l'article 7, paragraphe 6, ou des articles 20 ou 21, les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, lorsqu'elles ont l'intention, en application de la présente directive ou des directives particulières, de prendre des mesures ayant des incidences importantes sur le marché pertinent, donnent aux parties intéressées l'occasion de présenter leurs observations sur le projet de mesures dans un délai raisonnable. Les autorités réglementaires nationales publient les procédures de consultation nationales. Les États membres veillent à ce que soit mis en place un guichet d'information unique permettant l'accès à toutes les consultations en cours. Les résultats de la procédure de consultation sont rendus publics par l'autorité réglementaire nationale, sauf s'il s'agit d'informations confidentielles au sens du droit communautaire et national sur le secret des affaires.

68 Elle est organisée en vertu des articles 139 et 140 de la Loi du 13 juin 2005 :

Art. 139. L'Institut peut organiser pour l'application de la présente loi une consultation publique conformément à l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

Art. 140. Pour autant qu'un projet de décision de l'Institut soit susceptible d'avoir des incidences importantes sur un marché pertinent, l'Institut organise une consultation publique préalable d'une durée maximale de deux mois, dans le respect des règles de confidentialité des données d'entreprise.

Toutes les informations relatives aux consultations publiques en cours sont centralisées à l'Institut.

Les résultats de la consultation publique sont rendus publics, dans le respect des règles de confidentialité des données d'entreprise.

Le Roi précise, après avis de l'Institut, les modalités de la consultation publique et de la publicité de ses résultats.

69 Conformément à l'alinéa 4 de l'article 140 précité, les modalités de la consultation ainsi que celles relatives à la publicité des résultats ont été précisées par arrêté royal en date du 26 janvier 2006 (M.B., 01.03.06). Cet arrêté royal stipule notamment :

« Art. 2. L'Institut annonce l'organisation d'une consultation publique visée à l'article 140 de la Loi, par la publication d'un avis sur son site Internet à l'adresse <http://www.ibpt.be>.

⁵³ 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. L 108, 24 avril 2002, 33 (directive « Cadre »).

L'avis comprend l'objet de la consultation publique et copie du projet de décision soumis à consultation. Une copie de cet avis est notifiée en même temps par l'Institut aux personnes concernées, par courrier électronique.

Art. 3. L'Institut établit un rapport exposant les résultats de la consultation publique. Ce rapport est publié sur le site Internet de l'Institut, dans le mois qui suit la fin de la consultation publique ».

- 70 Les commentaires des parties intéressées sur le projet de décision de l'Institut font partie du dossier qui a été transmis au Conseil de la Concurrence (en vertu de l'article 55, §§ 4 et 5 de la loi du 13 juin 2005) ainsi qu'à la Commission européenne et aux ARN des autres Etats membres (en vertu de l'article 7 de la Directive Cadre et de l'article 141 de la loi du 13 juin 2005).

1.6.2 Avis du Conseil de la concurrence

- 71 L'article 16, §1 de la Directive 2002/21/CE⁵⁴ prévoit la collaboration avec les autorités de concurrence dans les termes suivants:

Dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle, les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse des marchés pertinents, 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.

- 72 Cette disposition est transposée par l'article 55 de la loi du 13 juin 2005, tel que modifié par la loi du 18 mai 2009 :

Art. 55. § 1er. Conformément au § 4, l'Institut effectue au moins le plus rapidement possible après l'adoption de la Recommandation ou d'une révision de celle-ci, une analyse de ces marchés pertinents afin de déterminer si ceux-ci sont effectivement concurrentiels. L'échange d'informations nécessaires à cette analyse, se fait conformément à l'article 137, § 2.

(...)

§ 4. L'Institut soumet ses décisions renvoyant à ce paragraphe à une concertation préalable avec le Conseil de la concurrence. Le Conseil 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, le silence du Conseil de la concurrence équivaut à une approbation du projet de décision susmentionné.

[§ 4/1. L'Institut envoie ses décisions renvoyant à ce paragraphe, au préalable au Conseil 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, le silence du Conseil de la concurrence équivaut à une approbation du projet de décision susmentionné.]

[ainsi inséré par article 14 de la loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (M.B. 04/06/2009)]

§ 5. L'Institut envoie ses décisions renvoyant à ce paragraphe au préalable au Conseil de la concurrence qui dans les 30 jours calendrier, [à partir de l'envoi des projets de décision par l'Institut] émet un avis contraignant concernant la

⁵⁴ 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. L 108 24 avril 2002, 33 (Directive « Cadre »).

question de savoir si les décisions [projetées] de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Passé ce délai, le silence du Conseil de la concurrence équivaut à une approbation [du projet de décision] susmentionné.

- 73 L'introduction de ce nouveau §4/1 est commentée comme suit par le législateur dans l'exposé des motifs de l'article 15 de la loi du 18 mai 2009:⁵⁵ :

L'article 55, § 5, de la loi du 13 juin 2005 prévoit un avis contraignant du Conseil de la concurrence concernant la question de savoir si certaines décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence.

Ni la loi du 13 juin 2005, ni l'exposé des motifs de cette loi ne clarifient quels sont ces objectifs. Cela crée des difficultés pratiques pour l'Institut pour déduire quelle partie de la critique possible du Conseil de la concurrence le lie en fin de compte. En effet, dans un même avis, le Conseil de la concurrence peut formuler des critiques relevant de l'article 55, § 4 et 5, sans donner de précisions sur la base légale sur laquelle il se fonde pour se prononcer ou encore en donnant une interprétation incorrecte des «objectifs visés par le droit de la concurrence» (ce qui peut n'être fixé que par la suite au niveau d'un appel).

De plus, l'article 55 présente une disparité dans le sens où le § 5 prévoit pour l'avis contraignant une comparaison aux objectifs visés par le droit de la concurrence, alors que le § 4 ne le prévoit pas (alors que dans tout le texte du Titre III, le § 4 est d'application à l'imposition d'obligations similaires à celles auxquelles s'applique le § 5).

L'article 15, 1° prévoit dès lors un nouvel article 55, § 4/1, qui introduit un avis non contraignant du Conseil de la concurrence concernant la conformité aux objectifs visés par le droit de la concurrence dans tous les articles du Titre III (sauf les articles qui renvoient à l'article 55, § 5) qui décrivent plus avant les obligations PSM éventuelles. Le § 4 initial reste d'application à la détermination des marchés pertinents (article 54) et à la désignation des opérateurs PSM (article 55, § 3).

Les objectifs visés par le droit de la concurrence consistent principalement à promouvoir la concurrence économique ou du moins à la préserver. Le droit de la concurrence doit promouvoir une concurrence effective car cette forme de concurrence offre les meilleures garanties au plan des résultats économiques, de la normalité des prix, de l'amélioration de la qualité et du progrès technique et qu'elle contribue donc à la satisfaction maximale des besoins individuels et collectifs (voir Exposé des motifs à la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, E. Parl., Chambre, n° 51-2180/001, p. 4).

L'avis du Conseil de la concurrence au sens de l'article 55, § 4/1 et § 5 doit par conséquent se pencher sur les questions suivantes:

- Les obligations proposées par l'Institut favorisent-elles l'efficacité économique de la production et de la répartition des biens et services?*
- Les obligations proposées encouragent-elles à adapter la production des nouveautés économiques et technologiques?*

⁵⁵ Annales parlementaires, Chambre, 52^{ème} législature, 2008-2009, N° 1813/01, p. 14-15.

- *Les obligations proposées entraînent-elles une plus grande égalité des chances?*
- *Les obligations proposées sont-elles favorables à une fourniture efficace des services et réseaux de communications électroniques?*
- *Les obligations proposées profitent-elles en général aux utilisateurs et aux utilisateurs finals sous la forme d'une diversité justifiée et de la qualité des biens et services disponibles à des prix normaux?*
- *Les obligations proposées contribuent-elles à une plus grande transparence du marché?*
- *Les obligations proposées influencent-elles favorablement l'indice des prix général et renforcent-elles le pouvoir d'achat?*
- *Les obligations proposées veillent-elles à maintenir une liberté de choix suffisante pour les utilisateurs finals?*

1.6.3 Consultation européenne

74 L'article 7, §3 de la Directive 2002/21/CE ⁵⁶ prévoit la consultation de la Commission européenne et des autorités réglementaires nationales des autres Etats membres dans les termes suivants:

3. Outre la consultation visée à l'article 6, dans les cas où une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure :

a) qui relève des articles 15 ou 16 de la présente directive, des articles 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès») ou de l'article 16 de la directive 2002/22/CE (directive «service universel»), et

b) qui aurait des incidences sur les échanges entre les États membres, elle met en même temps à disposition de la Commission et des autorités réglementaires nationales des autres États membres le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels elle est fondée, conformément à l'article 5, paragraphe 3, et en informe la Commission et les autres autorités réglementaires nationales.

Les autorités réglementaires nationales et la Commission ne peuvent adresser des observations à l'autorité réglementaire nationale concernée que dans un délai d'un mois ou dans le délai visé à l'article 6, si celui-ci est plus long. Le délai d'un mois ne peut pas être prolongé.

75 Cette disposition est transposée par l'article 141 de la loi du 13 juin 2005:

Art 141. Pour autant qu'un projet de décision de l'Institut puisse avoir des incidences sur les échanges entre les États membres et qu'il tende à:

1° définir un marché pertinent, en application de l'article 40/11, §1^{er}, ou

2° conclure qu'un marché pertinent est ou non concurrentiel, en application de l'article 40/11, §4, ou

3° imposer ou modifier des obligations à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, en application de l'article 40/11, §4, ou

⁵⁶ 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. L 108 24 avril 2002, 33 (directive « Cadre »).

4° imposer des obligations à des opérateurs qui n'ont pas été désignés comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, en application de l'article 40/11, §6, ou

5° imposer la modification d'accords d'accès déjà conclus, en application de l'article 40/11, §4, ou

6° imposer la modification de l'offre de référence, en application de l'article 40/11, §8, ou

7° déterminer les conditions de l'accès à fournir, en application des articles 40/11, §10, 6^e alinéa, et 40/10, §2,

l'Institut consulte sans délai la Commission européenne et les autorités réglementaires nationales des États membres.

L'Institut prend en considération les observations qui lui sont adressées par la Commission européenne et les autorités réglementaires des États membres dans le délai fixé par le Roi.

2. Présentation générale et définition du marché

- 76 La fourniture en gros de services de transit est un élément intervenant dans l'acheminement de bout en bout des services téléphoniques de détail. Les services de transit sur le réseau téléphonique public en position déterminée sont principalement utilisés lorsqu'un opérateur n'a pas d'interconnexion directe avec un autre opérateur (les opérateurs A et B sur la figure ci-dessous). Les appels entre ces opérateurs sont alors acheminés via un opérateur tiers qui possède une interconnexion avec chacun des autres opérateurs. Les services de transit peuvent également être utilisés comme solution de rechange en cas de panne de l'interconnexion directe ou lorsque la capacité de l'interconnexion directe n'est plus suffisante.

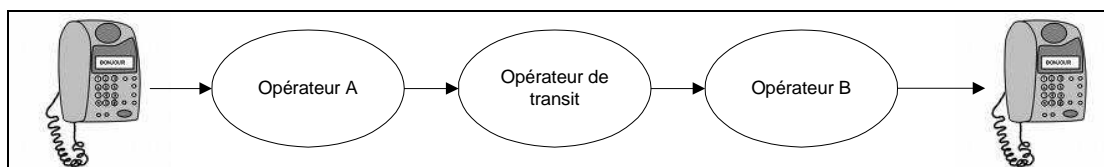


Figure 1.1: Schéma général d'un service de transit [Source: IBPT]

- 77 A l'occasion de l'analyse de marché précédente, Belgacom avait critiqué la délimitation des trois marchés d'interconnexion fixe (collecte d'appel, transit et terminaison d'appel) telle qu'effectuée via la description du service visé dans chaque marché. Elle considérait que la collecte et la terminaison d'appel devaient être limitées à la collecte/terminaison locale, c'est-à-dire à partir de/jusqu'à un point d'interconnexion local (LEX). Une telle définition signifierait que l'acheminement entre un LEX et un point régional ferait partie du service de transit (les définitions des services de départ d'appel, de terminaison d'appel et de transit devant être cohérentes entre elles). En réalité, si l'IBPT devait ajouter dans le périmètre du marché de transit l'acheminement de trafic entre un LEX et un point régional, ceci ne pourrait que conduire à augmenter sensiblement la part de marché de Belgacom sur ce marché. En effet, les volumes de Belgacom se verraient augmenter des volumes de trafic « collecting IAA », « terminating IAA » et « terminating EAA » que Belgacom achemine pour le compte des opérateurs alternatifs. Les volumes des opérateurs alternatifs n'augmenteraient quant à eux que dans une mesure bien moindre. On relèvera d'ailleurs que la part de marché de Belgacom augmenterait encore davantage si on incluait l'autofourniture, Belgacom ayant l'autofourniture la plus importante parmi les opérateurs. L'IBPT continue à considérer préférable de prendre en compte, en tant que service de transit, le service qu'un opérateur rend à un opérateur A pour acheminer son trafic vers le réseau d'un opérateur B. Comme l'indique la Commission européenne dans l'Exposé des motifs de sa Recommandation de 2007: « the market for transit services is complementary to the ones for call termination and call origination. Depending on where boundaries have typically been drawn between these markets, the state of competition in transit services may be more or less developed⁵⁷ ».

⁵⁷ Notice explicative, SEC(2007) 1483 de la Commission accompagnant la Recommandation du 17 décembre 2007 de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante, 27.

2.1 Acteurs du marché et tarifs

2.1.1 Offre de transit de Belgacom

- 78 La principale offre de service de transit est celle de l'opérateur historique Belgacom. Belgacom fournit depuis la libéralisation du marché des services de transit sur le réseau téléphonique public. Cette offre est régulée et fait partie de l'offre d'interconnexion de référence de Belgacom (BRIO) depuis 2003.
- 79 Les services de transit sont accessibles au niveau des commutateurs de transit de Belgacom.
- 79.1 Pour les appels à destination des numéros géographiques et des numéros mobiles, Belgacom assure la transmission et le routage de l'appel entre le commutateur de transit où l'appel initié sur le réseau d'un opérateur A est collecté, et le commutateur de transit correspondant à la zone d'accès dont dépend le destinataire de l'appel. L'appel est alors terminé par un opérateur B.
- 79.2 Pour les appels à destination des numéros de services à valeur ajoutée d'un opérateur B, le service de transit route et transmet l'appel depuis le commutateur de transit où l'appel est collecté en provenance du réseau d'un opérateur A, jusqu'au commutateur de transit choisi par l'opérateur B.
- 80 Dans le cas d'un appel vers un numéro géographique, si le numéro dépend de la zone d'accès correspondant au commutateur de transit auquel l'appel est acheminé par l'opérateur A, on parle de service de transit intra zone d'accès (Situation 1 de la Figure 1.2). Dans le cas contraire on parle de transit extra zone d'accès (Situation 2 de la Figure 1.2).
- 81 Dans le cas d'un appel vers un numéro mobile ou un numéro de service à valeur ajoutée, on parle de transit intra zone d'accès lorsque l'opérateur B terminant l'appel est interconnecté à un point d'accès du réseau de Belgacom situé dans la même zone d'accès que le commutateur de transit auquel l'appel a été collecté par Belgacom. Dans le cas contraire, on parle de transit extra zone d'accès.
- 82 Les services de transit extra zone d'accès et intra zone d'accès sont décrits dans le schéma logique de la Figure 1.2.

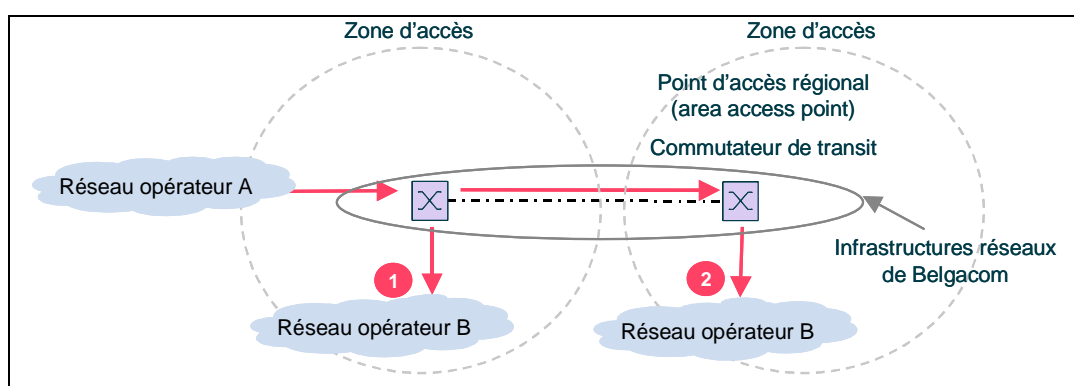


Figure 1.2: Services de transit intra zone d'accès (1) et extra zone d'accès (2) [Source: Analysys]

2.1.2 Offre de transit des autres opérateurs

- 83 D'autres opérateurs fournissent également des services de transit: BT, Mobistar, KPN Belgium (ex-Versatel) et Telenet. Ces services sont fournis sur une base commerciale.
- 84 Jusqu'il y a peu, le principal opérateur alternatif actif sur le marché des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe était KPN Belgium, qui était directement interconnecté avec plusieurs opérateurs et qui possédait des interconnexions avec Belgacom au niveau d'un certain nombre de commutateurs d'abonnés. Fin 2009, KPN Belgium a cédé une partie de ses activités à Mobistar, dont les activités de transit.

2.1.3 Tarifs

- 85 L'offre BRIO distingue deux tarifs de gros liés aux deux types de services de transit, comme présenté dans le tableau ci-dessous :

<i>en eurocent</i>			<i>Charge d'établissement d'appel</i>				<i>Prix à la minute</i>			
<i>Type d'appel</i>			<i>Heure pleine</i>		<i>Heure creuse</i>		<i>Heure pleine</i>		<i>Heure creuse</i>	
			Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.	Min.	Max.
Transit d'accès	intra zone		0,174	0,234	0,091	0,123	0,285	0,384	0,150	0,202
Transit d'accès	extra zone		0,299	0,375	0,157	0,197	0,491	0,615	0,258	0,322

Figure 1.3: Prix de gros des services de transit offerts par Belgacom – prix en eurocent HTVA [Source: IBPT, décision du 26 novembre 2008]

- 86 La prestation de service de transit est entièrement facturée à l'opérateur A acheminant l'appel jusqu'à un commutateur de transit de Belgacom. Par ailleurs, les frais payés par Belgacom pour la terminaison sur le réseau de l'opérateur B sont également facturés à l'opérateur A (cf. figure 2.1).

2.2 Marché pertinent de produits

2.2.1 Introduction

- 87 L'Exposé des motifs de la Recommandation de 2007 sur les marchés pertinents indique que « *l'acheminement des appels, ou interconnexion en transit, comprend la transmission et / ou la commutation ou le routage* »⁵⁸.

⁵⁸ Notice explicative, SEC(2007) 1483 de la Commission accompagnant la Recommandation du 17 décembre 2007 de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante, 26.

- 88 Lors du premier tour d'analyse de marché⁵⁹, l'IBPT a défini le marché pertinent de transit (marché 10) comme le marché national des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe.
- 89 Il est nécessaire d'examiner si les limites de ce marché ont évolué depuis l'analyse précédente. Il convient en particulier d'examiner d'une part, s'il y a lieu de fusionner le marché du transit sur le réseau téléphonique public fixe avec un autre marché de la Recommandation sur les marchés pertinents ou si, d'autre part, s'il y a lieu de subdiviser le marché de transit. Dans ce but, l'IBPT a analysé la substituabilité entre les services suivants :
- 89.1 les services de terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics fixes et les services de transit sur les réseaux téléphoniques publics fixes ;
- 89.2 les services de transit pour les appels intra zone d'accès et les services de transit pour les appels extra zone d'accès ;
- 89.3 les services de transit pour les numéros géographiques et les services de transit pour les numéros mobiles et les services à valeur ajoutée.

2.2.2 Tests de substituabilité

2.2.2.1 Substituabilité entre les services de terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics fixes et les services de transit sur les réseaux téléphoniques publics fixes

- 90 Dans la Notice explicative de la Recommandation de 2007⁶⁰, la Commission européenne considère que « *les entreprises qui possèdent ou exploitent un réseau pour la fourniture de services téléphoniques peuvent se raccorder à des niveaux relativement élevés sur le réseau, en quelques points d'interconnexion. C'est pourquoi les arrangements de terminaison d'appel peuvent, en pratique, comprendre l'acheminement et la terminaison locale des appels* ». Cette situation se retrouve en Belgique. La question de la substituabilité entre le transit et la terminaison est donc pertinente.

2.2.2.1.1 Substituabilité du point de vue de la demande

- 91 Les services de transit et les services de terminaison ont des finalités différentes. Le service de transit est un service d'interconnexion pour lequel un opérateur B transporte les appels émis sur le réseau d'un opérateur A et terminés sur le réseau d'un opérateur C. Le service de terminaison est un service d'interconnexion pour lequel un opérateur B transporte et termine sur son propre réseau les appels émis sur un réseau A.
- 92 Les deux types de services sont par ailleurs facturés à des tarifs différents.
- 93 En cas d'augmentation faible mais significative et durable du prix des services de transit, un opérateur alternatif ne pourrait se satisfaire d'un service de terminaison seul.

⁵⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 11 août 2006 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe "téléphonie fixe", sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003.

⁶⁰ Notice explicative, SEC(2007) 1483 de la Commission accompagnant la Recommandation du 17 décembre 2007 de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante, 24

94 Du point de vue de la demande, la substituabilité entre les services de terminaison d'appel et les services de transit est insuffisante pour les inclure dans le même marché pertinent.

2.2.2.1.2 Substituabilité du point de vue de l'offre

95 Tous les opérateurs qui disposent de numéros géographiques fournissent aux autres opérateurs un service de terminaison sur leur réseau. Ces opérateurs disposent de centraux téléphoniques et, souvent, d'un réseau de transport longue distance également. Bien qu'ils disposent des actifs nécessaires, ces opérateurs n'entreront pas nécessairement sur le marché du transit en cas d'augmentation faible mais non-transitoire des prix de transit. En effet, une entrée sur le marché du transit ne peut s'envisager que si l'opérateur dispose d'un certain nombre d'interconnexions directes avec d'autres opérateurs (et donc si le trafic échangé avec ces opérateurs justifie des interconnexions directes).

96 Du point de vue de l'offre, la substituabilité entre les services de terminaison d'appel et les services de transit est insuffisante pour les inclure dans le même marché pertinent.

2.2.2.1.3 Conclusion

C1 Les services de transit et les services de terminaison d'appel ne doivent pas être intégrés dans le même marché pertinent.

2.2.2.2 Substituabilité entre les services de transit pour les appels intra zone d'accès et les services de transit pour les appels extra zone d'accès

2.2.2.2.1 Substituabilité du point de vue de la demande

97 La finalité du service de transit pour les appels intra zone d'accès et du service de transit pour les appels extra zone d'accès est similaire : l'acheminement de trafic entre un réseau A et un réseau B par un opérateur tiers.

98 Du point de vue des usages, si un opérateur alternatif dispose d'un seul point d'interconnexion avec un commutateur de transit de l'opérateur historique, il devra utiliser majoritairement des services de transit extra zone d'accès. S'il est connecté à plusieurs commutateurs de transit, il pourra utiliser majoritairement des services de transit intra zone d'accès. Dans la pratique, la plupart des opérateurs alternatifs utilisent les deux types de services de transit.

99 En cas d'augmentation faible mais significative et durable des prix du transit extra zone d'accès, un opérateur alternatif ne pourrait se satisfaire d'un service de transit intra zone d'accès puisqu'il a besoin d'acheminer son trafic vers une autre zone.

100 De même, en cas d'une augmentation faible mais significative et durable des prix du transit intra zone d'accès, un opérateur n'optera pas pour un service extra zone d'accès compte tenu de la différence de prix existant entre ces services (chez Belgacom, un service extra zone d'accès coûte de l'ordre de 60% plus cher qu'un service intra zone d'accès).

101 La substituabilité du point de vue de la demande entre les services de transit pour les appels intra zone d'accès et les services de transit pour les appels extra zone d'accès est insuffisante pour les intégrer dans le même marché pertinent.

2.2.2.2.2 Substituabilité du point de vue de l'offre

- 102 L'entrée sur le marché des services de transit suppose de disposer d'au moins un commutateur de transit. Un seul commutateur de transit est en effet nécessaire pour la fourniture de services de transit intra zone d'accès. Lorsqu'un opérateur dispose de plusieurs commutateurs de transit dans des zones d'accès différentes, il peut fournir des services de transit équivalents au service de transit intra zone d'accès et au service de transit extra zone d'accès.
- 103 Belgacom dispose de plusieurs commutateurs de transit. Il peut donc fournir les deux types de services de transit. La majorité des opérateurs alternatifs offrant des services de transit disposent également de plus d'un commutateur de transit. Ils disposent donc des éléments de réseaux nécessaires pour fournir des services de transit équivalents au service de transit extra zone d'accès. L'examen des volumes de transit sur le réseau de Belgacom révèle que le trafic de transit EAA n'a pas dépassé [confidentiel] au cours des années 2005-2008 et ne devrait pas dépasser [confidentiel] en 2009 et 2010⁶¹. Ce faible pourcentage de trafic EAA confirme que les opérateurs alternatifs sont présents dans suffisamment de zones pour offrir eux-mêmes des services de transit EAA à d'autres opérateurs.
- 104 Du point de vue de l'offre, la substituabilité entre les services de transit intra zone d'accès et les services de transit extra zone d'accès est suffisante pour les intégrer dans le même marché pertinent.

2.2.2.2.3 Conclusion

C2	Les services de transit pour les appels intra zone d'accès et les services de transit pour les appels extra zone d'accès doivent être intégrés dans le même marché pertinent.
----	---

2.2.2.3 Substituabilité entre les services de transit vers les numéros géographiques et les services de transit vers des numéros mobiles et les services à valeur ajoutée

- 105 Le service de transit de Belgacom transporte les appels à destination des numéros géographiques, des numéros mobiles et des services à valeur ajoutée. Les appels sont livrés par un opérateur alternatif à un point d'accès de zone du réseau de Belgacom. Ce dernier achemine ensuite les appels à un point d'accès d'un opérateur tiers. Belgacom ne fournit en revanche pas de services de transit pour les appels remis à Belgacom aux points d'accès locaux.

2.2.2.3.1 Substituabilité du point de vue de la demande

- 106 Les opérateurs qui achètent des services de transit ne seraient pas nécessairement satisfaits de services fournis seulement pour une catégorie de numéros. Certains opérateurs alternatifs utilisent les services de transit pour l'ensemble des numéros. Dans l'ensemble des cas, l'usage qui est fait du service de transit est similaire.
- 107 L'Offre de Référence de Belgacom ne contient qu'un seul service de transit. Ce service est similaire pour les appels vers les numéros géographiques, les numéros mobiles et les numéros pour les services à valeur ajoutée.
- 108 Sur le plan tarifaire, une seule grille s'applique pour les services de transit pour les appels vers les numéros géographiques, les numéros mobiles et les numéros de services à valeur ajoutée.

⁶¹ Sur base des données observées (« actuals ») et prévisionnelles (« outlook ») disponibles dans le modèle de coûts d'interconnexion de Belgacom.

109 Du point de vue de la demande, la substitution entre les services de transit pour les appels vers des numéros géographiques, vers des numéros mobiles et vers des numéros pour les services à valeur ajoutée est suffisante pour les inclure dans le même marché pertinent.

2.2.2.3.2 Substituabilité du point de vue de l'offre

110 Ayant conclu qu'il existe une substituabilité du côté de la demande, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une substituabilité du point de vue de l'offre.

2.2.2.3.3 Conclusion

C3 Les services de transit pour les appels vers des numéros géographiques, les services de transit vers des numéros mobiles et les services de transit vers des numéros pour les services à valeur ajoutée doivent être inclus dans le même marché pertinent.

2.2.3 Synthèse des tests de substituabilité

<i>Services</i>	<i>Substituabilité</i>
Services de terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics fixes et services de transit sur les réseaux téléphoniques publics fixes	<input type="checkbox"/>
Services de transit pour les appels intra zone d'accès et services de transit pour les appels extra zone d'accès	<input checked="" type="checkbox"/>
Services de transit vers les numéros géographiques et services de transit vers des numéros mobiles et les services à valeur ajoutée	<input checked="" type="checkbox"/>

Figure 1.4: Résultats des tests de substituabilité

2.3 Marchés pertinents géographiques

111 Les offres de services de transit extra zone d'accès et intra zone d'accès de Belgacom couvrent l'ensemble du territoire. Cette ubiquité existe car le réseau de l'opérateur historique couvre lui-même l'ensemble du territoire.

112 Sur le plan réglementaire, les dispositions applicables à ces services le sont sur l'ensemble du territoire. Hors mesures découlant d'une analyse de marché antérieure, ceci résulte également de la réglementation en matière de portabilité des numéros, laquelle contient certaines dispositions relatives aux coûts de trafic liés à la portabilité des numéros (cf. section 4.1.2).

113 Les tarifs des services de transit de Belgacom sont uniformes sur l'ensemble du territoire. Belgacom n'a pas utilisé la flexibilité que lui a laissé la décision du 22 août 2007 concernant les tarifs de transit de Belgacom pour l'année 2007 pour pratiquer des tarifs différenciés géographiquement. Cette décision imposait à Belgacom de pratiquer des tarifs raisonnables à l'intérieur d'une fourchette de tarifs. Elle permettait donc à Belgacom de pratiquer une telle différenciation.

114 Par conséquent, la dynamique concurrentielle est suffisamment homogène pour conclure à la segmentation nationale sur l'ensemble du territoire belge.

115 Enfin, l'IBPT signale que la Belgique est un « petit pays » en comparaison de la majorité des autres pays européens et que la dimension géographique du marché du transit est nationale dans la toute grande majorité des États Membres.

C4 L'IBPT considère que le marché du transit a une dimension nationale.

2.4 Conclusion sur la définition du marché

C5 L'IBPT considère que le marché pertinent est le marché national des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe, incluant :

C5.1 Les services de transit intra zone d'accès et extra zone d'accès ;

C5.2 Les services de transit vers les numéros géographiques et les services de transit vers des numéros mobiles et les services à valeur ajoutée.

3. Test des trois critères

116 Lorsqu'une ARN recense un marché qui ne fait pas partie de la liste des marchés repris dans la Recommandation de 2007, cette dernière prévoit qu'il y a lieu d'examiner les caractéristiques du marché afin de déterminer si celui-ci est susceptible de faire l'objet d'une régulation *ex ante*. Cet examen se base sur le test dit des trois critères, à savoir qu'il appartient à l'ARN de s'assurer que les trois critères suivants sont remplis⁶²:

- la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée ;
- une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée (situation de concurrence au-delà des barrières) ;
- l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

117 Ces trois critères sont cumulatifs et ce n'est que dans le cas où ils sont vérifiés tous les trois que le marché peut faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

118 Enfin, on notera que la Recommandation de 2007 précise encore ce qui suit

*« En ce qui concerne les premier et deuxième critères, les principaux indicateurs à considérer lors de l'évaluation sont analogues à ceux examinés dans le contexte d'une analyse de marché prospective. Il s'agit en particulier des indicateurs concernant les barrières à l'entrée en l'absence de réglementation (notamment l'ampleur des coûts irrécupérables), la structure du marché, les performances et la dynamique du marché, notamment des indicateurs comme les parts de marché et les tendances en la matière, les prix du marché et les tendances en la matière, ainsi que l'étendue et la couverture des réseaux ou infrastructures en concurrence. »*⁶³

119 Pour l'examen de ces critères, l'IBPT s'est basé notamment sur le rapport du Groupe des Régulateurs Européens intitulé « Guidance on the application of the three criteria test »⁶⁴.

3.1 1^{er} critère - Barrières élevées et non provisoires à l'entrée

120 Ce critère est précisé comme suit dans la Recommandation de 2007 :

« Le premier critère est la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire.. [...] »

⁶² Article 2 de la Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 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. L 344*, 28 décembre 2007, 65-69.

⁶³ Considérant 6 de la Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 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. L 344* 28 décembre 2007, 65-69.

⁶⁴ ERG Report (08) 21, Guidance on the application of the three criteria test

Les barrières structurelles découlent des caractéristiques initiales du niveau de la demande ou de la structure de coûts qui en découle créant des conditions asymétriques entre les opérateurs en place et les nouveaux arrivants, freinant ou empêchant l'entrée sur le marché de ces derniers. Ainsi, les barrières structurelles peuvent s'avérer élevées sur un marché caractérisé par des avantages de coûts absolus, des économies d'échelle et/ou de gamme massives, des contraintes de capacité et par des coûts irrécupérables importants. À l'heure actuelle, ce type de barrières entrave encore le déploiement et/ou la fourniture généralisée de réseaux d'accès local en positions déterminées. On est également en présence d'une barrière structurelle lorsque la fourniture de services requiert un élément de réseau qui ne peut être reproduit pour des raisons techniques ou seulement à un coût dissuasif pour les concurrents.

- 121 Les barrières légales ou réglementaires ne résultent pas de conditions économiques mais de mesures législatives, administratives ou d'autres actes des pouvoirs publics ayant un effet direct sur les conditions d'entrée et/ou la position des opérateurs sur le marché pertinent. On peut citer comme exemple de barrière légale ou réglementaire à l'entrée sur le marché la limitation du nombre d'entreprises ayant accès au spectre pour la fourniture de services sous-jacents, ou encore les contrôles des prix et les autres mesures de ce type appliquées aux entreprises, qui entravent non seulement l'entrée, mais aussi le positionnement des entreprises sur le marché. Les barrières légales ou réglementaires qui peuvent être supprimées dans un délai déterminé ne doivent normalement pas être considérées comme constituant une barrière économique à l'entrée qui permettrait de remplir le premier critère.»⁶⁵Dans la Note explicative accompagnant la Recommandation de 2007, la Commission européenne écrit à propos du transit :

"In some Member States this market has been found to be effectively competitive, although this is not the case in the majority of them. In the latter, new entrants are still dependent on the incumbent for the provision of transit services on many routes.

However, the situation is evolving as both alternative long-distance infrastructures and networks are built and developed, and as incumbents upgrade their core networks. On the one hand, incumbents may still have significant scale advantages helped by their large sunk investments and their greater network reach. On the other hand, as there is evidence of alternative operators successfully investing in long-distance networks, entry barriers can no longer be said to be high and non-transitory."

- 122 Il convient de vérifier si la situation observable en Belgique correspond ou non aux constatations de la Commission européenne.

3.1.1 Barrières légales et réglementaires

- 123 Au plan légal et réglementaire, l'entrée sur le marché est relativement aisée. Les exigences principales sont la notification des services avant de débiter leur exploitation et le paiement de redevances administratives. Le nombre d'opérateurs n'est nullement limité.

⁶⁵ Considérants 6, 8, 9 et 10 de la Recommandation de 2007.

3.1.2 Dépenses à fonds perdus

- 124 Pour pouvoir offrir des services de transit, un opérateur doit disposer au minimum d'un commutateur et d'interconnexions directes avec d'autres opérateurs. En outre, un réseau de transport est également nécessaire pour offrir des services de transit entre des opérateurs qui ne sont pas présents dans une même zone d'accès.
- 125 Les investissements et les dépenses à fonds perdus sont importants même si ceux-ci peuvent être relativisés au regard des dépenses nécessaires pour être actif sur les marchés de gros du départ ou de la terminaison d'appel.

3.1.3 Économies d'échelle

- 126 Les communications électroniques sont un secteur caractérisé par la présence d'économies d'échelle importantes. En règle générale, les coûts unitaires des opérateurs diminuent lorsque les volumes de trafic augmentent.
- 127 Les commutateurs et le réseau de transmission longue distance d'un opérateur servent à la fois pour le trafic transitant sur le réseau de cet opérateur mais également pour le trafic interne au réseau de l'opérateur (collecte et terminaison des appels on-net de l'opérateur). Même si l'autofourniture (le trafic interne d'un opérateur) n'est pas incluse au stade de la définition du marché, l'IBPT considère pertinent de prendre en compte l'autofourniture au niveau de l'analyse des barrières à l'entrée.
- 128 Le trafic interne significatif de Belgacom lui permet d'amortir les coûts fixes importants des liens d'interconnexion sur un grand volume de minutes, et donc de réduire significativement ses coûts de production unitaire. Belgacom bénéficie donc d'économies d'échelle importantes par rapport aux autres opérateurs présents sur le marché.
- 129 La principale difficulté pour un opérateur alternatif est d'atteindre vis-à-vis d'un autre opérateur un volume de trafic suffisant pour justifier une interconnexion directe (qu'il s'agisse de trafic destiné à cet autre opérateur ou de trafic qui va seulement transiter par cet autre opérateur). Faute d'un volume suffisant, l'investissement dans des interconnexions directes ne se justifie pas et il n'est donc pas possible d'offrir soi-même des services de transit à d'autres opérateurs.
- 130 Le volume de trafic échangé est suffisamment important dans le cas des opérateurs mobiles, qui sont directement interconnectés entre eux, ou pour les opérateurs fixes qui s'interconnectent avec des opérateurs mobiles, gros générateurs de volumes. Bien qu'il existe un certain nombre d'interconnexions directes entre des opérateurs alternatifs fixes, si certains opérateurs ont recours aux services de transit, c'est probablement parce que les volumes de trafic échangés sont insuffisants pour justifier une interconnexion directe.

3.1.4 Intégration verticale

- 131 Pour offrir des services téléphoniques de détail, un opérateur achetant une prestation de transit doit également utiliser une prestation de départ ou de terminaison d'appel. Belgacom, grâce à sa puissance sur les marchés de gros du départ et de terminaison d'appel, pourrait utiliser sa puissance sur ces marchés comme levier pour renforcer sa position sur le marché des services de transit sur le réseau téléphonique fixe (par exemple en groupant ces différents types de prestation).

132 Les avantages de cette intégration verticale sont néanmoins limités par la régulation relative aux services de collecte et de terminaison d'appel, que les opérateurs alternatifs peuvent acquérir de façon dégroupée et à des prix orientés sur les coûts.

3.1.5 Barrières au changement du côté des utilisateurs

133 Pour un opérateur de réseau, les coûts liés au changement de fournisseur de services de transit peuvent être liés à la négociation de nouveaux contrats ou à l'établissement d'une interconnexion directe avec le nouveau fournisseur. Les délais pour ce faire peuvent être estimés à quelques mois. A titre de comparaison, l'offre BRIO prévoit un délai de 4 mois pour la fourniture d'une liaison d'interconnexion vers un site sur lequel l'autre opérateur n'est pas encore présent⁶⁶.

134 Les barrières au changement de fournisseur de services de transit sur le réseau téléphonique public fixe existent mais sont relativement peu élevées.

3.1.6 Autres éléments d'appréciation

135 La situation belge est assez proche de celle décrite par la Commission européenne : Belgacom détient encore des avantages significatifs en termes d'échelle, grâce aux dépenses à fonds perdus consenties et à l'étendue plus importante de son réseau. Toutefois, les dépenses à fonds perdus sont loin d'être aussi importantes que pour la fourniture de services de collecte ou de terminaison d'appel.

136 L'IBPT partage également l'opinion de la Commission européenne lorsque celle-ci écrit ce qui suit, dans la Notice explicative accompagnant la Recommandation de 2007⁶⁷ :

[...] the majority of entry in this market may be for self-supply and no merchant market has developed. This would explain why there is evidence of parallel long-distance networks being established, and of effective competition in trunk leased capacity markets in many Member States, but limited findings of effective competition in wholesale transit services.

137 L'IBPT constate en effet que certains opérateurs alternatifs qui disposent d'un réseau de transport en Belgique sont peu ou ne sont pas actifs sur le marché du transit. L'IBPT y voit effectivement comme raison que ce réseau est utilisé en premier lieu pour fournir des services en interne. Une autre raison est que le transit est, comparativement à d'autres services de communication électronique, une activité à plus faible valeur ajoutée qui attire par conséquent moins les opérateurs.

C6 Conclusion en ce qui concerne le 1 ^{er} critère : les barrières structurelles à l'entrée sur le marché du transit sont importantes, mais elles sont moins élevées que pour d'autres marchés de communications électroniques.
--

⁶⁶ Belgacom, Planning & Operations, p. 40.

⁶⁷ Notice explicative, SEC(2007) 1483 de la Commission accompagnant la Recommandation du 17 décembre 2007 de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante, 27.

3.2 2^{ème} critère - Evolution vers une situation de concurrence effective

138 Ce critère est décrit comme suit dans la Recommandation de 2007 :

« Même lorsqu'un marché est caractérisé par des barrières élevées à l'entrée, d'autres facteurs structurels peuvent indiquer que les entreprises présentes tendront vers un comportement effectivement concurrentiel au cours de la période visée. La dynamique du marché peut provenir par exemple d'évolutions technologiques ou de la convergence de produits et de marchés, qui peut donner lieu à des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts. C'est aussi le cas des marchés abritant un nombre limité, mais suffisant, d'entreprises qui se distinguent par leur structure de coûts et répondent à une demande élastique par rapport au prix. Il peut également arriver qu'un excès de capacités sur un marché encourage des entreprises rivales à augmenter très rapidement leur production à chaque hausse de prix. Sur ces marchés, on peut observer une variation dans le temps des parts de marché et/ou des chutes de prix. Lorsque la dynamique du marché évolue rapidement, il convient d'apporter un soin particulier au choix du délai, afin que les évolutions pertinentes du marché soient visibles. »⁶⁸

139 Dans le cadre de ce critère, il convient d'observer les évolutions en termes de concentration du marché, de parts de marché et de prix, ainsi que les barrières à l'expansion et la concurrence potentielle⁶⁹.

3.2.1 Taille du marché, parts de marché et concentration du marché

140 Le marché des services de transit sur le réseau téléphonique fixe a connu une augmentation continue en volume de 2003 à 2006. Il a connu une reprise en 2008 et 2009 après une baisse des volumes en 2007. La hausse importante du trafic de transit de mobile à mobile en 2006 était due à l'interruption temporaire de l'interconnexion directe entre Proximus et Base⁷⁰ (interruption qui a duré de novembre 2005 à mai 2007 et qui a eu pour conséquence que le trafic de Belgacom Mobile vers Base est passé en transit via Belgacom). Le trafic de transit de mobile à mobile s'est ensuite sensiblement réduit en 2007 et en 2008.

141 Belgacom reste le principal opérateur sur le marché du transit, tant en volume qu'en valeur. Ses parts de marché varient cependant de façon sensible. De 2006 à 2009, Belgacom passe de 66% à 56% (en volume) et de 82% à 65% (en valeur),

142 Belgacom a connu une hausse de ses parts de marché en volume en 2007. Ces chiffres sont cependant perturbés par l'interruption temporaire de l'interconnexion directe entre Proximus et Base, cette hausse temporaire du volume de transit ayant profité exclusivement à Belgacom. Avec 56% des volumes en 2008, la part de marché de Belgacom est repassée sous les 60% pour la première fois depuis 2005. Elle s'est maintenue à ce niveau en 2009.

⁶⁸ Considérant 12 de la Recommandation de 2007.

⁶⁹ Les autres critères envisagés par l'ERG (contrôle d'une infrastructure difficile à dupliquer et diversification des produits) ne paraissent pas pertinents pour le marché du transit.

⁷⁰ Le réseau Base appartient à la société KPN Group Belgium. Jusqu'au 1^{er} juin 2009, KPN Group Belgium nv/sa était appelée BASE nv/sa. Le réseau mobile continue d'être exploité sous la marque Base.

- 143 L'évolution du marché en termes de revenus a également été perturbée par l'interruption temporaire de l'interconnexion directe entre Proximus et Base (hausse importante et temporaire des revenus du transit mobile vers mobile pour Belgacom en 2006 et 2007). En 2008 Belgacom continue à détenir une part de marché en valeur supérieure à sa part de marché en volume (65% en volume contre 56% en valeur). Les revenus communiqués par certains opérateurs ne font toutefois pas la distinction entre les revenus de transit proprement dit et les montants perçus pour la terminaison des appels transitant sur leur réseau (montants qu'ils doivent verser aux opérateurs qui terminent les appels)⁷¹. Dès lors, les revenus de transit et les parts de marché en termes de revenus doivent être considérés avec précaution.
- 144 Parmi les opérateurs alternatifs, KPN Belgium était traditionnellement le principal opérateur de transit, devant Telenet, BT et Mobistar. Entre 2006 et 2008 cependant, la baisse de la part de marché de Belgacom résultait principalement des gains réalisés par des opérateurs autres que KPN Belgium.
- 145 Le 25 novembre 2009, KPN a annoncé un accord avec Mobistar pour la vente de ses activités fixes B2B et Carrier Business en Belgique, en ce compris son réseau de fibre optique⁷². Le 25 mars 2010, la reprise de KPN Belgium Business SA par Mobistar SA a été acceptée par le Conseil de la concurrence belge moyennant conditions. Ces conditions sont étrangères au marché du transit. Du fait de la reprise d'activités de KPN Belgium, Mobistar est devenu le principal fournisseur de services de transit parmi les opérateurs alternatifs.
- 146 Les graphiques 3.1 à 3.4 illustrent successivement l'évolution du marché et les parts de marché de Belgacom, en termes de volumes et de revenus.

⁷¹ L'opérateur sur le réseau duquel l'appel est initié paie à l'opérateur de transit non seulement le service de transit mais également les frais que l'opérateur de transit doit payer pour la terminaison des appels sur d'autres réseaux.

⁷² Communiqué de presse du 25 novembre 2009 publié sur www.kpngroup.be.

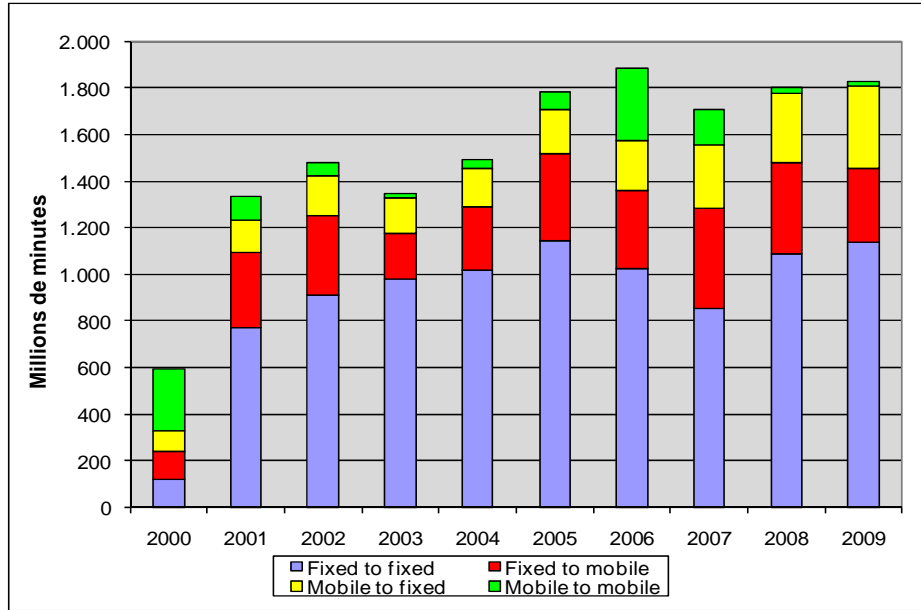


Figure 1.1: *Marché des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe en volume, par type de service de transit [Source: IBPT, données opérateurs, 2009]*

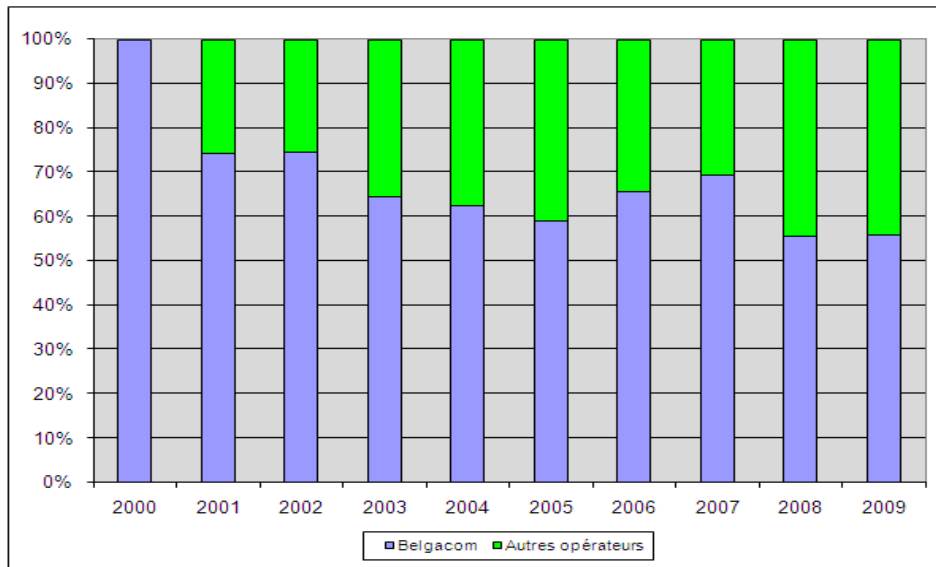


Figure 1.2: *Part de marché de Belgacom en volume [Source: IBPT, données opérateurs, 2009]*

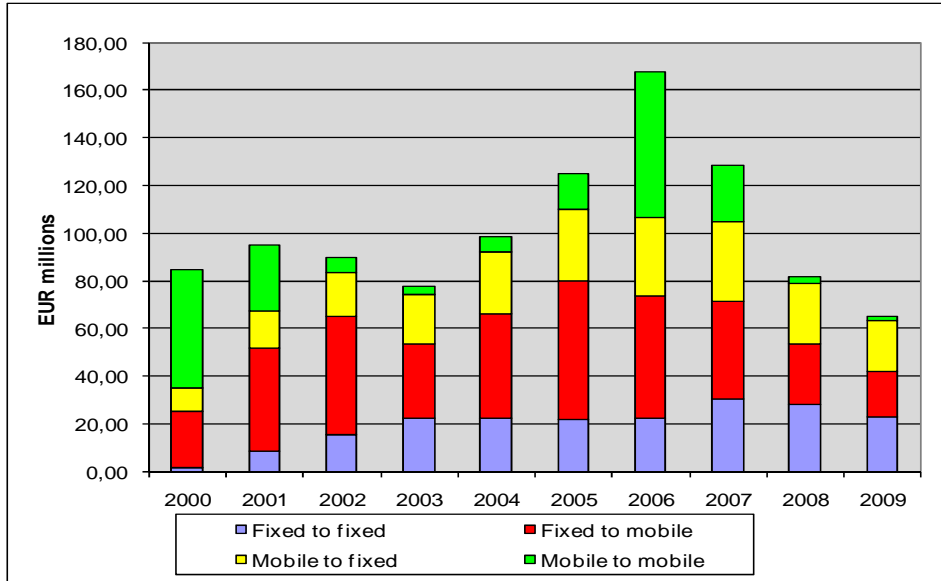


Figure 1.3: Revenus du marché des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe, par type de service de transit
 [Source: IBPT, données opérateurs, 2009]

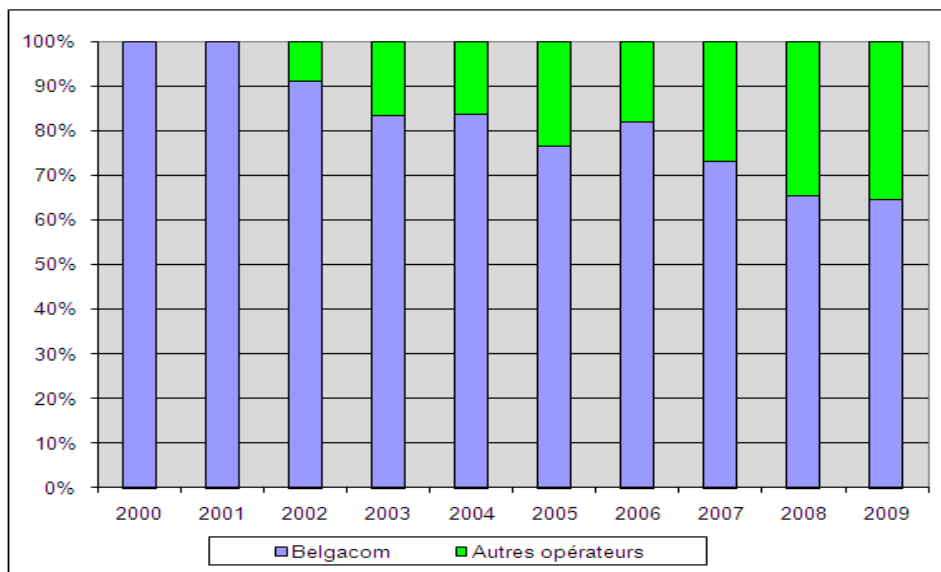


Figure 1.4: Part de marché de Belgacom en revenus
 [Source: IBPT, données opérateurs, 2009]

147 Le marché des services de transit demeure un marché fortement concentré, avec les deux principaux opérateurs (Belgacom et KPN Belgium) détenant près de 84% du marché (contre 86% en 2005). Ce pourcentage monte à 90% si on additionne les parts de marché de Mobistar et de KPN Belgium.

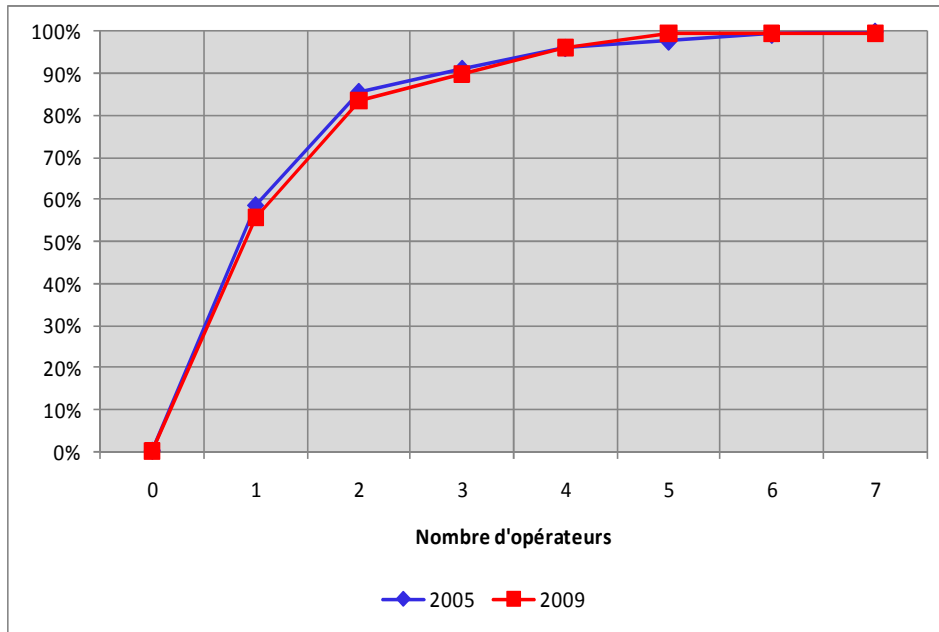


Figure 1.5: Concentration du marché des services de transit en 2005 et 2009 (parts de marché cumulées en volume) [Source: IBPT, données opérateurs, 2009]

148 La concentration du marché peut également être mesurée au moyen de l'index de Herfindahl-Hirschman (HHI). Cet indicateur traduit dans quelle mesure un petit nombre d'entreprises contrôle un part plus ou moins importante de la production. Il se calcule en faisant la somme du carré de la part de marché de toutes les entreprises d'un marché. Plus le HHI est élevé, plus le marché est concentré entre les mains d'un faible nombre d'entreprises. Lorsqu'il y a par exemple quatre entreprises détenant chacune une part de 25 % du marché, le HHI équivaut donc à quatre fois le carré de 25, c'est-à-dire 2.500. De manière générale, lorsque le HHI est inférieur à 1.000, on considère que le marché est faiblement concentré. Lorsque le HHI se situe entre 1.000 et 1.800, on considère que le marché est moyennement concentré. Le marché est considéré comme fortement concentré lorsque le HHI est supérieur à 1.800. Dans le cas présent, le marché du transit est fortement concentré puisqu'il affiche un HHI proche de 4.000, après avoir baissé sous 3.800 en 2008. Il était supérieur à 4.200 en 2005. Comme les parts de marché, les résultats du HHI en 2006 et 2007 sont affectées par l'interruption temporaire de l'interconnexion directe entre Proximus et Base.

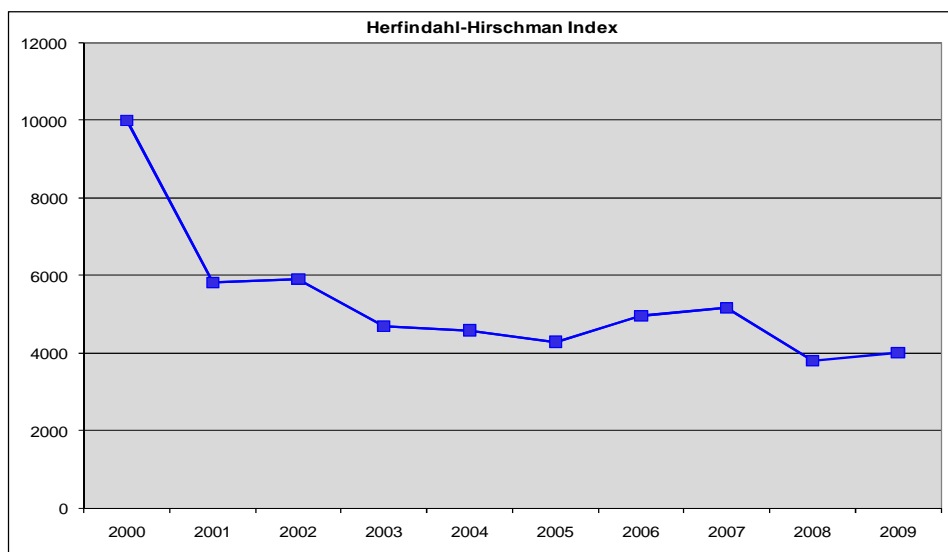


Figure 1.6: Evolution de l'indice HHI du marché des services de transit
[Source: IBPT, données opérateurs, 2009]

149 Si la reprise par Mobistar des activités de transit de KPN Belgium n'a pas d'impact sur les parts de marché de Belgacom, cette opération a néanmoins les conséquences suivantes :

149.1 Mobistar devient le 2^{ème} acteur du marché après Belgacom ([confidentiel] du marché, soit sa part de marché de [confidentiel] + les [confidentiel] de KPN).

149.2 L'indice HHI pour 2009 augmente de 4.011 à 4.363.

149.3 La concentration du marché connaît une légère hausse par rapport à 2005, au lieu d'une légère baisse en l'absence de la concentration.

3.2.2 Dynamique de marché

3.2.2.1 Au niveau national

150 Les graphiques ci-dessous présentent les prix des services de transit de Belgacom, en heures pleines puis en heures creuses.

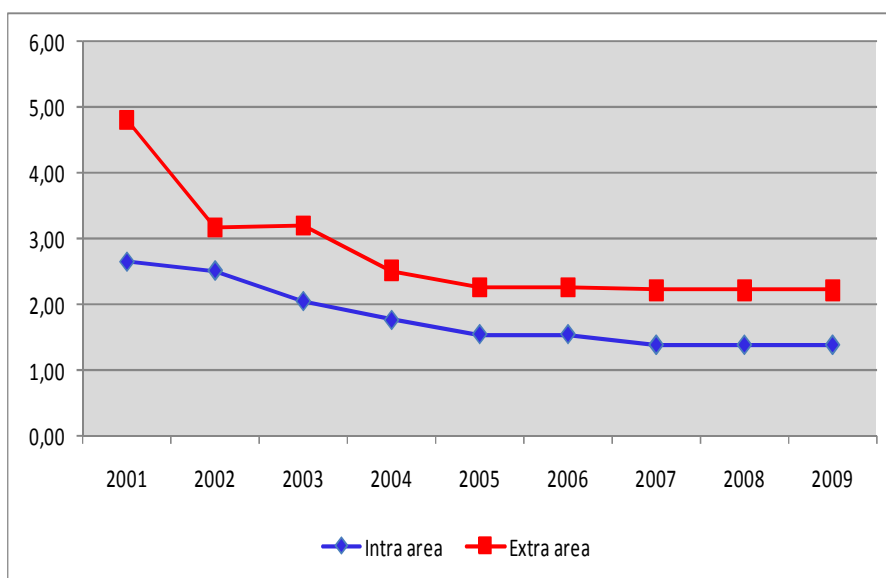


Figure 1.7: Prix de transit pour un appel de 3 minutes en heures pleines, en EUR HTVA [Source: Analysys, IBPT, Belgacom, 2009]

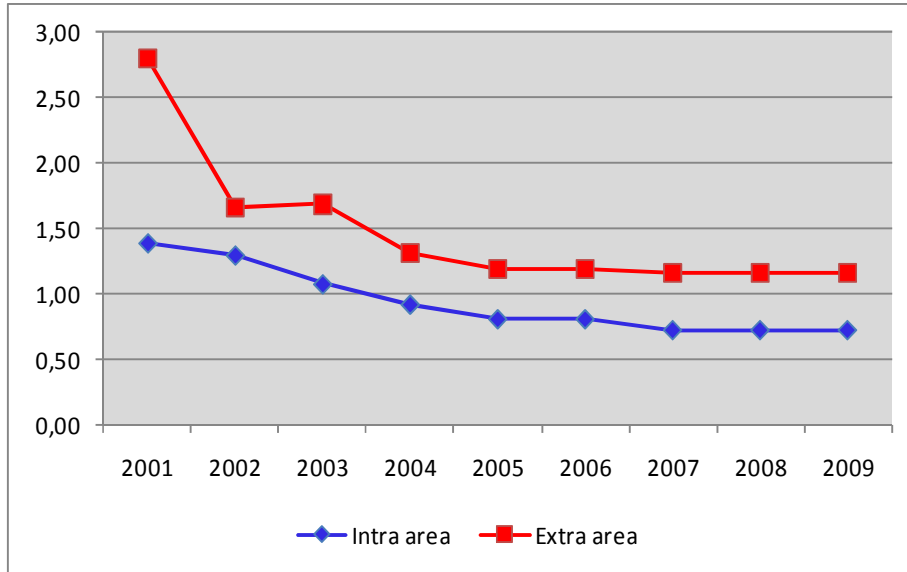


Figure 1.8: Prix de transit pour un appel de 3 minutes en heures creuses, en EUR HTVA [Source: Analysys, IBPT, Belgacom, 2009]

- 151 Il faut souligner que ces prix ont fait l'objet d'une obligation d'orientation sur les coûts entre 2003 et 2007 et que, depuis le 22 août 2007, laissée libre de déterminer ses prix à l'intérieur d'une fourchette de prix raisonnables, Belgacom a choisi de fixer ses prix au niveau du maximum de la fourchette. Ce fait indique que Belgacom ne subit pas de forte pression sur ses prix de transit.
- 152 Le nombre limité d'acteurs et l'absence d'entrée significative sur le marché depuis plusieurs années tend à montrer que le marché des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe est peu dynamique. On notera cependant que :
- 152.1 Les parts de marché de Belgacom sont en légère baisse par rapport à 2005 (les niveaux en 2006 et 2007 ne pouvant pas être considérées comme représentatifs de l'évolution du marché), prolongeant la baisse progressive des années antérieures.
- 152.2 Si la tendance lourde du marché (une lente décroissance de la part de marché de Belgacom) devait se poursuivre, il est probable que Belgacom détiendrait une part de marché proche de 50% en volume à l'horizon de la présente analyse.
- 152.3 Un opérateur a pu acquérir puis conserver durablement une part de marché de l'ordre de [confidentiel] ; un autre a pu acquérir en 3 ans une part de marché de [confidentiel].

3.2.2.2 Au niveau international

- 153 Dans sa décision du 26 novembre 2008, l'IBPT avait constaté que les éléments de comparaison internationale en sa possession illustraient que la moyenne pour l'échantillon de pays considérés demeurait comprise entre les niveaux minimum et maximum imposés à Belgacom. L'Institut en avait conclu que les tarifs pratiqués par Belgacom (dans le cadre de la fourchette de prix déterminée par l'IBPT) restaient raisonnables.

3.2.2.3 Autres éléments d'appréciation

154 L'IBPT a procédé au 1^{er} semestre 2009 à une enquête relative au recours par les opérateurs à des services de transit ou à des interconnexions directes. Cette enquête révèle l'existence des accords d'interconnexion suivants :

Type d'accords d'interconnexion	Nombre
Mobile - mobile	3
Fixe - mobile	24
Fixe - Fixe avec des sociétés du groupe Belgacom ⁷³	31
Fixe - Fixe entre opérateurs alternatifs ⁷⁴	[9 - 27]

Figure 1.9 : Aperçu des accords d'interconnexion existants
[Source : IBPT, opérateurs, 2009]

155 Un examen plus détaillé de ces chiffres permet de tirer les enseignements suivants :

155.1 Il existe suffisamment d'interconnexions directes avec les opérateurs mobiles pour constituer des alternatives au service de transit de Belgacom vers ces numéros.

155.2 Si aucun opérateur n'égale Belgacom en ce qui concerne le nombre d'interconnexions directes, 2 opérateurs comptent plus de 10 interconnexions directes et 5 opérateurs en comptent entre 5 et 10.

155.3 Si certains opérateurs alternatifs fixes n'ont qu'une seule interconnexion, avec Belgacom, il existe un certain nombre d'interconnexions directes entre opérateurs alternatifs fixes. Dans certains cas, il s'agit d'une interconnexion avec leur maison-mère à l'étranger ou avec un opérateur orienté principalement vers l'international.

155.4 Parmi les principaux opérateurs alternatifs (BT, Colt, KPN Belgium, Numéricable, Telenet, Verizon), un seul n'est pas interconnecté avec au moins un des autres. Le nombre d'interconnexions directes entre les autres varie de 1 à 3.

156 L'enquête a également mis en évidence que, parmi les opérateurs répondants, près d'un tiers utilisent (en tout ou en partie) les services d'un autre fournisseur de transit que Belgacom.

157 Le nombre et la variété des interconnexions directes indiquent que le service de transit de Belgacom n'est plus incontournable. Des voies alternatives existent pour acheminer le trafic et, malgré l'obstacle que constitue l'obtention d'un volume de trafic minimal, il est possible pour un opérateur d'établir suffisamment d'interconnexions directes pour se positionner sur le marché du transit.

3.2.2.4 Analyse prospective

158 Parmi les opérateurs qui ne sont pas actifs aujourd'hui sur le marché du transit, Belgacom Mobile et Base seraient théoriquement les mieux placés pour entrer sur le marché. Ils possèdent en effet les actifs de réseau nécessaires et sont interconnectés avec plusieurs opérateurs, tant fixes que mobiles. Leur entrée sur

⁷³ Belgacom, BICS et Scarlet.

⁷⁴ Le nombre d'interconnexions entre opérateurs alternatifs fixes est moins fiable à cause de données incomplètes ou divergentes.

le marché est cependant improbable. Belgacom Mobile se trouverait en concurrence avec sa maison-mère Belgacom et vient d'être entièrement intégrée dans celle-ci⁷⁵. Quant à Base, sa maison-mère vient de céder une partie de ses activités belges à Mobistar, dont les activités de transit. L'entrée d'un acteur important sur le marché au cours des trois ans à venir semble donc exclue.

- 159 Au cours des années à venir, les opérateurs de télécommunications vont progressivement mettre en place des réseaux de nouvelle génération (NGN – Next Generation Network), basés notamment sur le protocole IP. Belgacom a annoncé au mois d'avril 2008 son projet *MaIP* (Move to all IP) qui consiste à rendre son réseau complètement compatible avec le protocole internet (IP). Cette migration vers un réseau IP, qui s'étalera sur cinq ans, permettra à Belgacom de faciliter la convergence entre la téléphonie mobile et fixe, de remplacer des technologies vieillies comme l'ATM et de revendre un certain nombre de bâtiments devenus inutiles. Le service de transit de Belgacom, tel qu'il existe aujourd'hui devrait disparaître en 2015.
- 160 Dans un environnement IP, l'organisation du transit pourrait être modifiée en profondeur par rapport à la situation actuelle. Par exemple, les opérateurs pourraient opter pour la mise en place d'un « point neutre » où ils seraient tous interconnectés. On s'attend aussi à ce que l'interconnexion directe entre réseaux IP soit moins coûteuse et plus efficace qu'une interconnexion directe entre les réseaux de la génération actuelle (commutation de circuits). D'une part, une seule interconnexion pourra servir à acheminer plusieurs types de trafic. D'autre part, on s'attend à une réduction du nombre de points d'interconnexion par rapport à la situation actuelle. Il s'ensuit qu'à terme, les opérateurs pourraient faire moins souvent appel à un tiers pour obtenir des services de transit. Si une telle tendance se concrétisait, les opérateurs alternatifs seraient moins dépendants de Belgacom pour acheminer leur trafic à destination d'autres opérateurs. A l'heure actuelle cependant, toutes les conséquences de la migration technologique qui va avoir lieu chez Belgacom ne sont pas encore connues. Il subsiste notamment des incertitudes concernant les modèles de coûts, les points d'interconnexion et le processus de migration vers le NGN.

C7 Conclusion en ce qui concerne le 2 ^{ème} critère : les caractéristiques du marché peuvent laisser présager une évolution vers une situation de concurrence effective.

3.3 3^{ème} critère - Efficacité du seul droit de la concurrence

- 161 Ce critère est décrit comme suit dans la Recommandation de 2007 :

«Avant de décider qu'un marché est susceptible d'être soumis à une réglementation ex ante, il faut aussi déterminer si le droit de la concurrence suffit à remédier aux défaillances du marché qui résultent de la conformité avec les deux premiers critères. Les interventions du droit de la concurrence seront probablement insuffisantes si une intervention visant à remédier à une défaillance du marché doit satisfaire à un grand nombre de critères de

⁷⁵ L'Assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 4 janvier 2010 a approuvé l'intégration des filiales belges du Groupe Belgacom. Belgacom et ses filiales concernées forment désormais une seule société anonyme de droit public (voy. communiqué de presse du 4 janvier 2010).

conformité ou si des interventions fréquentes et/ou réalisées dans un délai imparti sont indispensables.»⁷⁶.

- 162 La Notice explicative accompagnant la Recommandation de 2007⁷⁷ ajoute par ailleurs ce qui suit :

“Thirdly, recital 27 of the Framework Directive indicates that, in addition, ex ante regulatory obligations (with respect to electronic communications networks and services) should only be imposed where Community competition law remedies are not sufficient to address the problem. Ex ante regulation and competition law serve as complementary instruments in achieving their respective policy objectives in the electronic communications sector and in dealing with lack of effective competition. At the same time, a principle underlying the regulatory framework is that ex ante regulation should only be imposed where competition law remedies are insufficient and should be rolled back when it is no longer needed.”

- 163 Dans son rapport déjà cité, l'ERG identifie les critères suivants :
- 163.1 le degré de généralisation des comportements anticoncurrentiels,
 - 163.2 le degré de difficulté de traiter ces comportements,
 - 163.3 le fait que ces comportements entraînent des dommages irréparables sur le marché concernés ou sur des marchés liés,
 - 163.4 la nécessité d'une intervention régulatrice pour assurer le développement d'une concurrence effective sur le long terme.
- 164 Au cours des dernières années, le marché du transit n'a pas donné lieu à des problèmes particuliers ou à des plaintes pour des comportements anticoncurrentiels.
- 165 Il est peu probable qu'on assiste dans les années à venir à une généralisation des problèmes de concurrence sur le marché du transit. En effet, Belgacom devrait rester soumise à des obligations relatives aux services de départ d'appel et de terminaison d'appel (notamment des obligations de fournir l'accès, des obligations de non discrimination et d'orientation sur les coûts). On aperçoit mal pour quelles raisons Belgacom refuserait de fournir un service de transit à des opérateurs avec lesquels elle est de toute manière interconnectée pour d'autres services comme la collecte ou la terminaison d'appel. Le fait que les services de départ d'appel et de terminaison d'appel continuent d'être régulés devrait également empêcher Belgacom d'abuser des avantages de son intégration verticale.
- 166 On ne s'attend pas à ce que d'éventuels comportements anticoncurrentiels de la part de Belgacom soient la cause de dommages irréparables. On notera cependant qu'en septembre 2009, Belgacom a fait l'objet de plaintes de la part de certains opérateurs alternatifs estimant que Belgacom leur avait laissé un délai insuffisant pour s'adapter aux conséquences de la modification des services plans et des tarifs pour le service de transit Belgacom vers les services à valeur ajoutée d'un opérateur tiers⁷⁸. Ces plaintes ont amené l'IBPT à adopter des mesures provisoires

⁷⁶ Considérant 13 de la Recommandation de 2007.

⁷⁷ Page 7 de la Notice explicative accompagnant la Recommandation de 2007.

⁷⁸ [confidentiel]

imposant à Belgacom de reporter la modification de ses tarifs de transit pour les appels vers ce type de services.

- 167 Comparativement à d'autres marchés de gros tels que la terminaison d'appels, l'accès à la boucle locale ou l'accès à un débit binaire, le marché du transit ne semble pas nécessiter un suivi régulier de la part du régulateur pour éviter des pratiques de discrimination ou de prix excessifs.

C8 Conclusion en ce qui concerne le 3^{ème} critère : la situation du marché du transit n'est pas telle que l'application du droit de la concurrence ne serait pas suffisant pour répondre efficacement aux déficiences du marché.

3.4 Conclusion sur le test des trois critères

C9 L'IBPT estime que le marché des services de transit ne satisfait pas aux trois critères fixés par la Commission européenne pour faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

- 168 Cette conclusion rejoint l'avis de la Commission européenne qui, dans la Recommandation de 2007, estime que le marché du transit (ancien marché n° 10 de la Recommandation de 2003) n'est plus pertinent à l'échelle européenne pour faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

- 169 Cette conclusion conduit à ne plus réguler le marché du transit, ce qui est en ligne avec les conclusions auxquelles un certain nombre d'ARN sont arrivées au terme de leurs analyses, comme le montre le tableau suivant.

<i>Pays</i>	<i>Marché régulé (1^{er} round d'analyse)</i>	<i>Marché régulé (2^{ème} round d'analyse)</i>
Allemagne	oui	non
Autriche	non	
Chypre	oui	
Danemark	non	
Espagne	oui	non
Estonie	non	
Finlande	oui	non
France	oui	non
Grèce	oui	oui (*)
Hongrie	non	non
Irlande	oui	oui
Italie	oui	oui
Lettonie	oui	
Lituanie	oui	
Luxembourg	non	
Malte	non	
Norvège	oui	
Pays Bas	oui	non
Pologne	non	
Portugal	non	
République tchèque	non	
Royaume Uni	oui	ITC et ITT ⁷⁹ : non Single transit : oui

⁷⁹ Inter-tandem conveyance et inter-tandem transit.

<i>Pays</i>	<i>Marché régulé (1^{er} round d'analyse)</i>	<i>Marché régulé (2^{ème} round d'analyse)</i>
Slovaquie	oui	
Slovénie	oui	oui
Suède	oui	non
Suisse	non	
(*) Conclusion provisoire - réexamen du marché en cours		

Figure 1.10: Synthèse des conclusions des ARN relatives au marché des services de transit [Source : Cullen International, juillet 2010]

170 Il ressort de ce tableau que les ARN parviennent à des conclusions assez divergentes quant au degré de compétitivité de leur marché national des services de transit. Une majorité d'entre elles sont néanmoins arrivées à la conclusion que le marché du transit ne devait plus faire l'objet d'une régulation *ex ante*⁸⁰. Parmi les ARN qui ont procédé à un réexamen du marché, une majorité est également arrivée à cette conclusion.

3.5 Conclusion

C10 Le marché des services de transit ne satisfaisait pas cumulativement aux trois critères fixés par la Commission européenne dans la Recommandation de 2007, il ne peut faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

⁸⁰ Parce que le marché ne satisfaisait plus aux 3 critères fixés par la Commission européenne ou parce qu'une analyse a conclu à l'existence d'un marché concurrentiel.

4. Imposition, maintien, modification ou suppression d'obligations

4.1 Obligations actuellement applicables à Belgacom

4.1.1 Obligations découlant de son statut d'opérateur puissant

171 Par la décision précitée du 11 août 2006, l'IBPT a imposé à Belgacom les obligations suivantes en ce qui concerne le marché du transit.

<i>Obligations imposées dans le cadre de la décision du 11 août 2006</i>		<i>Description des obligations</i>
Accès et interconnexion	oui	<ul style="list-style-type: none"> - fournir des prestations de transit - fournir une offre de colocalisation ou d'autres formes de partage des ressources - négociier de bonne foi - ne pas retirer l'accès / l'interconnexion lorsqu'il a été accordé
Non discrimination	oui	<ul style="list-style-type: none"> - appliquer aux opérateurs tiers des conditions tarifaires et techniques analogues à celles qu'elle se fournit à elle-même
Transparence	oui	<ul style="list-style-type: none"> - publier une offre de référence - publier des indicateurs de qualité de service
Séparation comptable	oui	<ul style="list-style-type: none"> - séparer les activités liées au réseau avec un compte d'exploitation pour chacune - identifier les prix de transfert internes et les coûts unitaires des éléments de réseau
Contrôle des prix et comptabilisation des coûts	oui	<ul style="list-style-type: none"> - pratiquer des tarifs raisonnables - mettre en place un système de comptabilisation des coûts

Figure 1.1: Obligations imposées par la décision du 11 août 2006

- 172 Afin d'assurer le respect de ces obligations, l'IBPT a adopté un certain nombre de mesures de mise en œuvre dont les principales sont les suivantes :
- 172.1 La décision du 22 août 2007 concernant les tarifs de transit de Belgacom pour l'année 2007. Cette décision a mis en œuvre le concept de « prix raisonnables » sous la forme d'une fourchette de tarifs raisonnables, autrement dit d'un minimum et d'un maximum.
- 172.2 La décision du 22 août 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts. Cette décision définit les principes généraux, la qualité de l'information, les règles d'allocation et d'évaluation, la documentation, la description et le contrôle du système de comptabilisation des coûts, ainsi que les délais à respecter. Pour des raisons de cohérence générale, cette décision avait un caractère transversal et s'appliquait aux marchés pertinents 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13 (selon la nomenclature utilisée en 2003).
- 172.3 La décision du 27 février 2008 complétant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9 et 10 pour ce qui concerne les indicateurs de qualité de service.
- 172.4 La décision du 26 novembre 2008 concernant les tarifs d'interconnexion de Belgacom pour la période 2008-2010. Cette décision stabilise les tarifs de transit à leur niveau 2007.

4.1.2 Obligations découlant d'autres dispositions réglementaires

- 173 Par ailleurs, Belgacom est soumise, à l'instar de l'ensemble des opérateurs, aux obligations qui découlent de la réglementation applicable en matière de portabilité des numéros. Cette réglementation réside notamment dans l'Arrêté royal du 16 mars 2000 relatif à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de télécommunications⁸¹.
- 174 Ainsi, l'article 15 § 6 de cet arrêté prévoit que les coûts de trafic pertinents (notamment les coûts de transit) liés à la portabilité des numéros sont fixés par l'Institut sur la base des coûts théoriques d'un opérateur fixe efficace et que les tarifs que l'Institut fixe pour couvrir ces coûts sont orientés en fonction des coûts. Cette disposition découle de l'article 30.2 de la Directive 2002/22/CE (Directive « service universel »), lequel prévoit que les ARN veillent à ce que la tarification de l'interconnexion liée à la fourniture de la portabilité des numéros soit fonction du coût.
- 175 Il n'entre pas dans les pouvoirs et attributions de l'IBPT de modifier, de quelque façon que ce soit, les obligations qui sont imposées directement par la législation ou une réglementation secondaire, notamment en matière de portabilité des numéros. La présente décision ne vise donc nullement ces obligations. Son champ d'application est limité aux obligations imposées en matière de transit par la décision du 11 août 2006 et par les décisions d'exécution énumérées plus haut (sub n°168) dans la mesure où ces décisions d'exécution se rapportent à la décision de base précitée et au marché du transit.

⁸¹ Tel que modifié par l'arrêté royal du 23 septembre 2002 portant modification de l'arrêté royal du 16 mars 2000 relatif à la portabilité des numéros d'abonnés aux services de télécommunications.

4.2 Retrait des obligations précédemment imposées à Belgacom en vertu de son statut d'opérateur puissant

176 L'IBPT a conclu plus haut dans la présente décision que le marché pertinent de transit ne remplit pas les trois critères cumulatifs dont il résulte qu'un marché est susceptible de régulation *ex ante*. En conséquence, les obligations précédemment imposées à Belgacom en tant qu'opérateur puissant sur le marché de transit par la décision de l'IBPT du 11 août 2006 et ses décisions d'exécution doivent être supprimées. Le tableau ci-dessous compare les obligations de Belgacom à l'issue de la décision du 11 août 2006 et à l'issue de la présente décision.

<i>Types d'obligation</i>	<i>Obligations imposées dans le cadre de la décision du 11 août 2006</i>	<i>Description des changements</i>
Accès et interconnexion	Oui	Obligation supprimée
Non discrimination	Oui	Obligation supprimée
Transparence	Oui	Obligation supprimée
Séparation comptable	Oui	Obligation supprimée
Contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts	Oui	Obligation supprimée

Figure 1.2: Obligations imposées par la décision du 11 août 2006 et supprimées par la présente décision

4.3 Transition de la régulation sectorielle vers le droit de la concurrence

177 L'article 16.3 de la Directive cadre prévoit que, « *Lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles s'appliquent déjà, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent. Les parties concernées par cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié.* »

178 Le Groupe des Régulateurs Européens (ERG), institué par la Décision de la Commission européenne du 22 juillet 2007, a publié en mai 2009 une Position commune relative à la détermination des remèdes appropriés⁸². Ce document mentionne que « *When considering the removal of an obligation, it is of course necessary to take into account whether removal would cause a material adverse effect on competition in the relevant market. It is equally necessary to consider the effect of that obligation in related markets, especially downstream. It would not be appropriate to remove obligations which were a pre-requisite for effective competition in the related markets.* ».

⁸² Revised ERG Common Position (06) 33 on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, mai 2009.

- 179 L'IBPT considère qu'il est justifié, proportionné et important pour la concurrence de tenir effectivement compte de l'effet du retrait des obligations sur le marché de transit. En ce sens, un système de période de transition vers le retrait de la régulation constitue un outil approprié.
- 180 En octobre 2009, l'ERG a adopté un document intitulé « ERG Report on transition from sector-specific regulation to competition law »⁸³. L'IBPT s'est dès lors basé notamment sur ce document pour évaluer le délai endéans lequel les obligations en matière de transit pouvaient être levées avec pour objectif de limiter les effets négatifs matériels sur la concurrence.
- 181 Dans les circonstances propres au marché du transit, il y a lieu de tenir compte du fait que les utilisateurs du service de transit de Belgacom doivent pouvoir s'adapter aux nouvelles conditions d'un marché qui ne fera plus l'objet d'une régulation *ex ante*. Si Belgacom devait décider de modifier les conditions techniques et/ou tarifaires de son service de transit, les opérateurs clients de ce service pourraient vouloir :
- 181.1 négocier avec Belgacom ces nouvelles conditions techniques et/ou tarifaires,
 - 181.2 changer de fournisseur,
 - 181.3 envisager une interconnexion directe avec d'autres opérateurs.
- De telles adaptations nécessitent inévitablement un délai de négociation et de mise en œuvre (ex. mise en place de liaisons d'interconnexion, période de test).
- 182 Pour ces raisons, l'IBPT estime approprié de ne lever la totalité des obligations applicables actuellement sur le marché du transit (telles que présentées dans le tableau 4.1), qu'à l'issue d'une période de transition pendant laquelle les un certain nombre d'obligations ayant un impact direct sur les opérateurs alternatifs resteront donc d'application. Compte tenu des délais nécessaires pour que les opérateurs s'adaptent aux nouvelles conditions du marché, l'IBPT estime qu'une période de transition de 6 mois est nécessaire, proportionnée et suffisante.

- C11 Conclusion : les obligations imposées à Belgacom par la décision du 11 août 2006 sur le marché pertinent du transit et ses décisions d'exécution - y compris l'obligation de pratiquer des prix raisonnables - seront supprimées à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente décision, à l'exception des mesures suivantes qui sont supprimées à dater de l'entrée en vigueur de la présente décision :
- C11.1 obligation de faire droit aux demandes d'accès et d'interconnexion pour des prestations qui ne figurent pas dans l'offre de référence ;
 - C11.2 obligation de publier des indicateurs de qualité de service ;
 - C11.3 obligation de séparation comptable ;
 - C11.4 obligation de mettre en œuvre un modèle de comptabilisation des coûts répondant aux conditions déterminées par l'IBPT.

⁸³ ERG Report (09) 40 on transition from sector-specific regulation to competition law, octobre 2009.

5. Procédures de consultation, durée de validité de la présente décision, recours et signatures

5.1 Procédure de consultation

5.1.1 Consultation publique

183 La consultation publique a eu lieu du 22 octobre 2009 au 23 novembre 2009. Y ont réagi les entreprises ou organisations suivantes (par ordre alphabétique) :

183.1 Belgacom

183.2 Mobistar

183.3 Plate-forme des opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications

184 Le résumé de leurs contributions fait l'objet de l'annexe C. Ces contributions concernent principalement :

184.1 Le fait que Belgacom ne soit pas reconnue comme organisme puissant sur le marché du transit, malgré une série d'éléments factuels plaidant en ce sens.

184.2 Le fait que l'IBPT se montre prudent dans son appréciation du fait que les trois critères pour identifier un marché pertinent ne sont pas réunis.

184.3 La demande d'instauration d'une période de monitoring supplémentaire pour vérifier si les tendances du marché se confirment et pour mieux contrôler la migration vers l'interconnexion IP.

184.4 La définition du marché du transit dans un cadre plus large, tenant compte également du trafic direct entre opérateurs.

184.5 La régulation du prix de transit par le biais de la réglementation relative à la portabilité des numéros.

5.1.2 Saisine du Conseil de la concurrence

185 Le Conseil de la concurrence a été saisi par l'IBPT le 16 août 2010 et a remis son avis le 15 septembre 2010⁸⁴. Une copie de l'avis du Conseil de la concurrence figure en Annexe D.

186 Dans cet avis, le Conseil de la concurrence émet principalement les commentaires suivants :

186.1 Il estime que la définition de marché retenue est « *conforme au développement observé (succès limité du dégroupage) et attendu (migration vers IP) des infrastructures et de la pression compétitive en Belgique.* ».

186.2 Il constate l'absence d'une analyse chiffrée de la substituabilité entre transit et interconnexion directe et il souligne le fait que l'IBPT « *n'envisage pas la question de la substituabilité entre les services de transit et les interconnexions directes au stade de la définition du marché pertinent de produits, et ne l'envisage qu'au niveau de l'analyse du marché.* ». Le Conseil de la

⁸⁴ L'avis est daté du 8 septembre et a été communiqué à l'IBPT par un courrier du 15 septembre.

concurrence estime cependant qu'une modification de la délimitation du marché pertinent en ce qui concerne les interconnexions directes n'affecterait vraisemblablement pas les conclusions du test des trois critères.

186.3 Il approuve la dimension nationale du marché retenue par l'IBPT, faisant cependant observer qu'il convient d'envisager le marché dans une approche « *greenfield modified* » à savoir une situation dans laquelle le marché ne ferait pas l'objet d'une régulation *ex ante*.

186.4 Il partage le point de vue de l'IBPT quant au fait que le service de transit de Belgacom n'est plus incontournable et que les caractéristiques du marché peuvent laisser présager une évolution vers une situation de concurrence effective.

186.5 Il estime qu'il est superfétatoire de se livrer à l'analyse de l'éventuelle puissance de marché de Belgacom dès lors que le marché n'est pas susceptible d'être réglementé *ex ante*.

5.1.3 Notification européenne

187 Le 20 janvier 2011, le projet de décision a été transmis à la Commission européenne. Le 18 février 2011, la Commission européenne a envoyé une lettre de commentaires. Une copie cette lettre figure en Annexe E.

188 La Commission européenne n'a pas formulé d'observations.

5.2 Entrée en vigueur et validité de la présente décision

5.2.1 Entrée en vigueur

189 La présente décision de l'Institut entrera en vigueur 30 jours après sa publication sur le site Internet de l'IBPT.

5.2.2 Durée de validité de la présente décision

190 La validité d'obligations imposées dans le cadre d'une décision d'analyse d'un marché pertinent court en principe jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle décision relative à ce marché et déterminant le sort de ces obligations⁸⁵.

191 Compte tenu de la conclusion à laquelle l'IBPT est parvenu dans le cadre de la présente décision en ce qui concerne la pertinence de la régulation *ex ante*, il n'est pas nécessaire de déterminer la durée de validité de la présente décision.

192 L'IBPT continuera cependant à effectuer un monitoring du marché de transit, notamment par le biais de la collecte de données relatives aux parts de marché et aux interconnexions directes entre opérateurs.

C12 La présente décision est adoptée pour une durée indéterminée.

⁸⁵ Voyez notamment Commission européenne, observations conformément à l'article 7, paragraphe 3 de la directive 2002/21/CE, Cas BE/2007/0735 et BE/2007/0736, 3/01/2008, p. 7.

5.3 Voies de recours

- 193 Conformément à 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, vous avez la possibilité d'interjeter appel de cette décision devant la cour d'appel de Bruxelles, Place Poelaert 1, B-1000 Bruxelles. Les recours sont formés, à peine de nullité prononcée d'office, par requête signée et déposée au greffe de la cour d'appel de Bruxelles dans un délai de soixante jours à partir de la notification de la décision ou à défaut de notification, après la publication de la décision ou à défaut de publication, après la prise de connaissance de la décision.
- 194 La requête est déposée au greffe de la juridiction d'appel en autant d'exemplaires qu'il y a de parties en cause. La requête contient, à peine de nullité, les indications de l'article 2, §2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges.

5.4 Signatures

C. Cuveliez
Membre du Conseil

A. Desmedt
Membre du Conseil

C. Rutten
Membre du Conseil

L. Hindryckx
Président du Conseil

Annexes à l'analyse du marché 10/03

1 **Annexe A : Données confidentielles**

Cette annexe est confidentielle.

2 Annexe B : Liste des abréviations

ARN	Autorité réglementaire nationale
B2B	Business to Business
BRIO	Belgacom Reference Interconnect Offer
BROBA	Belgacom Reference Offer for Bitstream Access
CE	Communautés européennes
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
EAA	Extra Access Area
ERG	European Regulators Group
HHI	Herfindahl-Hirschman Index
HTVA	Hors taxe sur la valeur ajoutée
IAA	Intra Access Area
IBPT	Institut belge des services postaux et des télécommunications
IP	Internet Protocol
ITC	Inter-tandem conveyance
ITT	Inter-tandem transit
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LEX	Local Exchange
MAIP	Move to All IP
MB	Moniteur belge
NGN	Next Generation Network
NRA	National Regulatory Authority
PSM	Puissance significative sur le marché
SMP	Significant Market Power
SSNIP	Small significant non-transitory increase in price

3 Annexe C: Résumé des contributions des opérateurs faites lors de la consultation publique

195 La consultation nationale a eu lieu entre le 22 octobre 2009 et le 23 novembre 2009. 3 opérateurs ou groupes d'opérateurs ont répondu. Le résumé de leurs contributions fait l'objet d'un document séparé. Ce document fait partie intégrante de la présente décision.

4 Annexe D: Avis du Conseil de la concurrence

- 196 L'IBPT a saisi le Conseil de la concurrence le 16 août 2010 et celui-ci a transmis son avis le 15 septembre 2010.
- 197 Cet avis fait l'objet d'un document séparé qui fait partie intégrante de la présente décision.

5 Annexe E: Notification à la Commission européenne

- 198 L'IBPT a notifiée la présente décision à la Commission européenne le 20 janvier 2011. La Commission européenne a émis son avis le 18 février 2011.
- 199 Cet avis fait l'objet d'un document séparé qui fait partie intégrante de la présente décision.