

Réaction de l'IBPT à l'avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003

A. Introduction

L'IBPT souhaite remercier le Conseil de la concurrence pour son avis du 25 mars 2006 relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003.

C'est en effet la première fois que l'IBPT a, conformément à l'article 55 §4 et § 5 de la Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après "la Loi"), transmis pour avis au Conseil de la concurrence sa décision renvoyant aux paragraphes §4 et 5 de l'article 55 de la loi et relative aux marchés 1, 2, 11 et 12, dits les marchés d'accès'.

L'IBPT estime qu'il est dès lors opportun dans le cadre de la bonne collaboration entre l'autorité belge de régulation et l'autorité belge de concurrence de présenter ses observations détaillées concernant l'avis du Conseil de la concurrence.

La réaction de l'IBPT à l'avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au Projet de Décision de l'IBPT concernant les marchés de l'accès contient deux parties :

1. des observations quant à l'avis même du Conseil de la concurrence.
2. l'avis rédigé par le Professeur Damien Geradin quant aux compétences du Conseil de la concurrence en la matière et les éléments procéduraux y relatifs. Le Conseil de l'IBPT adhère aux points de vue développés dans cet avis ; celui-ci n'appelle pas de commentaire additionnel de la part de l'Institut.

La présente note suit la structure de l'avis du Conseil de la concurrence.

1. Cadre légal

L'IBPT souhaite formuler les observations suivantes :

1. Critiques formulées par le Conseil de la concurrence à l'égard du cadre réglementaire actuel.

D'une façon générale, l'IBPT note que certaines observations soulevées par le Conseil de la concurrence se révèlent être des critiques à l'égard du cadre réglementaire actuel et la méthodologie actuellement appliquée par la Commission européenne dans le cadre de l'analyse de marché, plutôt que des observations de la part du Conseil de la concurrence sur la conformité de l'analyse de l'IBPT avec les objectifs du et/ou le droit de la concurrence.

Le cadre réglementaire européen fera prochainement l'objet d'une révision et les acteurs sur le marché ont été invités à envoyer leurs commentaires sur les points qui, selon eux, devraient être examinés dans le cadre de la "Review 2006". L'IBPT note à ce propos avec intérêt que le Conseil de la concurrence a visiblement été inspiré par des contributions fournies dans ce cadre. Ce dernier fait sienne en particuliers, la critique qu'émettent certains au sujet de l'autoconsommation ainsi que sur la question de l'imposition de remèdes ex ante sur les marchés en forte évolution technologique. Ces auteurs citent par ailleurs l'orthodoxie du régulateur belge sur ces questions.

Quelle que soit l'évolution du débat sur ces points, l'IBPT tient à souligner que le cadre réglementaire qu'il lui incombe d'appliquer est de toute évidence le cadre actuel.

2. Le cadre légal de la compétence d'avis du Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence analyse ensuite les dispositions réglementaires applicables (§§ 5 à 13). Sur ce point, l'IBPT souhaite rappeler deux éléments:

La loi prévoit que le Conseil de la concurrence n'est habilité à émettre un **avis contraignant** que dans deux cas de figure :

1. Art 62 §1 alinéa 2 : systèmes de contrôle de prix imposés tant au niveau détail que de marché de gros.
2. Art 64 : obligations imposées sur un marché de détail en vue de respecter les interdictions énumérées à cet article.

La force contraignante de cet avis porte sur la question de la conformité des projets de décisions de l'IBPT par rapport aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Toute appréciation du Conseil de la concurrence en ce sens doit être intégrée par l'IBPT.

La Loi prévoit également qu'un **avis simple** peut être rendu par le Conseil de la concurrence concernant :

1. l'analyse de l'état concurrentiel d'un marché (55, §1),
2. l'identification des opérateurs dominants (55, §3),

3. l'impositions de remèdes : non discrimination (58), transparence- offre de référence (59), séparation comptable (60), satisfaction à demandes raisonnables d'accès (61).

Par ailleurs, l'IBPT voudrait souligner la portée de l'article 64 de la loi relative aux communications électroniques qui mérite d'être cité :

« Si l'Institut 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... »

L'IBPT estime que si la loi utilise le conditionnel « ne permettraient pas » et non le présent « ne permettent pas », conformément à la directive européenne, c'est parce qu'il n'est pas nécessaire d'attendre de devoir constater que les mesures imposées sur le marché de gros ne suffisent pas avant de pouvoir imposer des obligations sur le marché de détail. Selon l'Institut, le Conseil de la concurrence fonde donc son analyse sur une lecture erronée de cet article.

B. Délimitation des marchés pertinents

1. Méthodologie

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

L'IBPT constate que le Conseil de la concurrence dénonce l'absence de recours systématique au « test des trois critères » (§§ 20 à 23). Or comme expliqué dans l'exposé des motifs de la Recommandation (pp. 9 et 10), l'objectif de celle-ci est « d'identifier aussi clairement que possible les circonstances dans lesquelles la réglementation ex ante est justifiée ». C'est dans cette phase (élaboration de la Recommandation pour identifier les marchés pertinents) que les trois critères en question ont leur sens, et non dans la phase de délimitation, au niveau national, des marchés identifiés par la Commission.

Le point 3.2. de l'Explanatory Memorandum rappelle “ *The Commission expects NRAs to follow the same basic criteria and principles when they identify markets other than those appearing in this Recommendation.*” Ce texte précise que l'application du test des trois critères se justifie et est attendu lorsque les ARN identifient des marchés distincts de ceux mentionnés dans la Recommandation. A contrario, il n'est pas nécessaire d'appliquer ce test lorsque les marchés analysés correspondent à ceux repris dans la Recommandation.

Ceci illustre que le recours au test des trois critères n'est pertinent que dans la phase de définition de nouveaux marchés lorsque les ARN l'estime nécessaire. C'est à tort qu'on

en déduirait une obligation pour les ARN d'appliquer ce test de manière systématique lors de l'analyse de tout marché déjà repris dans la Recommandation.

1.2 Délimitation du marché pertinent dans un marché dénué de réglementation

Le Conseil de la concurrence estime que l'IBPT devrait analyser le marché sans et avec réglementation (§§ 24 et 30). L'IBPT souhaite à ce propos citer dans son intégralité le point 42 des Lignes directrices: *« En principe, le «test du monopoleur hypothétique» n'est applicable que pour les produits ou les services dont le prix est fixé librement et non réglementé. L'hypothèse de travail sera donc que les prix en vigueur sont fixés à des niveaux concurrentiels. Toutefois, si un service ou un produit est offert à un prix réglementé, calculé en fonction du coût, ce prix, en l'absence d'indications contraires, est présumé fixé à un niveau qui, sinon, serait concurrentiel, et il doit par conséquent être pris comme point de départ pour l'application du «test du monopoleur hypothétique».*

L'IBPT considère ainsi qu'il est fondé de considérer comme « point départ » du «test du monopoleur hypothétique » le prix d'un service régulé. La compréhension de l'IBPT est que cette approche est conforme au droit de la concurrence. Par exemple le point 30 de la Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03) indique que les contraintes réglementaires peuvent être prises en compte : *« Le cas échéant, les facteurs liés à l'offre seront également examinés, afin de vérifier si des sociétés implantées dans des zones distinctes ne se heurtent pas à des entraves si elles souhaitent développer leurs ventes dans des conditions concurrentielles sur l'ensemble du marché géographique. Cette analyse comprendra notamment un examen des conditions requises pour pouvoir s'implanter sur place, afin de vendre dans la région concernée, des conditions d'accès aux canaux de distribution, du coût d'implantation d'un réseau de distribution et de l'existence, ou de l'absence, de barrières réglementaires liées aux marchés publics, à la réglementation des prix, à des quotas et tarifs douaniers limitant les échanges ou la production, à des normes techniques, à l'existence de monopoles, à la liberté d'établissement, aux conditions d'obtention des autorisations administratives, à la réglementation sur les emballages, etc. »*

Le Conseil de la concurrence se demande si une pratique de prix uniforme résultant d'une obligation réglementaire peut servir d'argument pour justifier la dimension géographique d'un marché (§ 22).

L'IBPT souligne que le point 59 des Lignes directrices précise clairement qu'il est d'usage de tenir compte de l'existence de contraintes réglementaires, par exemple pour définir le marché géographique : *« Dans le secteur des communications électroniques, la portée géographique du marché pertinent est traditionnellement déterminée par référence à deux critères principaux a) le territoire couvert par un réseau et b) l'existence d'instruments juridiques (législatifs et réglementaires). »*

Le Conseil de la concurrence suggère que l'IBPT adopte une démarche qui analyse successivement le marché sans réglementation et avec réglementation et que lorsque le marché étudié est un marché de détail, l'analyse de ce marché de détail sans réglementation devrait se faire en tenant compte de la réglementation sur le marché de gros correspondant (§§ 232 et 24).

L'IBPT précise, qu'en effet, l'analyse des marchés de l'IBPT prend en compte les remèdes existants sur d'autres marchés. En particulier, l'analyse des marchés de détail prend en compte les remèdes existants sur les marchés de gros correspondants. Ainsi, l'analyse des Marchés 1 et 2 intègrent notamment l'existence d'offres dégroupées et d'offres bitstream sur les Marchés 11 et 12.

1.3 Exclusion de l'autoconsommation

L'IBPT considère que l'affirmation selon laquelle les marchés pertinents de gros et de détail (§ 25) devraient correspondre est erronée. L'existence des liens mentionnés par l'IBPT n'implique pas en effet de parallélisme entre les différents marchés du groupe Accès. Par exemple, la fourniture d'accès au réseau téléphonique peut être fournie sur la base du dégroupage (M11) ou d'offre bitstream (M12). De même, le dégroupage peut être utilisé pour fournir des services sur de nombreux marchés aval : des services d'accès au réseau téléphonique (comme mentionné précédemment) mais également des services hauts débits, des services de lignes louées...

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

Comme mentionné ci-dessus, l'IBPT ne considère pas adapté d'analyser un marché « dans un cadre dénué de réglementation ». Cette proposition reviendrait par exemple à considérer le marché pertinent de la fourniture d'accès dégroupé, défini par la Commission européenne, sans l'existence d'offres d'accès dégroupé puisque l'opérateur n'a pas intérêt à ouvrir son réseau d'accès. Ainsi, la majorité des marchés de gros définis par la Commission européenne (M11, M12, M8, M9, M10...) serait donc « vide » puisque l'opérateur historique ne fournirait pas de services en l'absence d'obligations réglementaires. L'approche européenne considère que l'analyse d'un marché dénué de réglementation ne doit s'effectuer que lorsqu'un régulateur souhaite lever des obligations qui pèsent sur un opérateur. Cette analyse vise à évaluer le comportement du marché en l'absence d'obligations et donc à vérifier le fait que la concurrence existe effectivement et n'est pas le résultat des obligations imposées aux opérateurs puissants.

2. Doutes sur les barrières technologiques (§ 31).

Comme mentionné dans document d'analyse de marché, l'IBPT considère également qu'il est techniquement possible pour les câblo-opérateurs d'offrir un accès de gros.

Néanmoins, l'Institut rappelle que la position de la Commission dans les lignes directrices sur les restrictions verticales de 2000 est sans équivoque:

« 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 ». Cette approche traduit notamment le fait qu'un marché est la rencontre entre une offre et une demande, ce qui ne peut correspondre à la notion d'autoconsommation.

La simple existence d'une autoconsommation n'est donc, en elle-même, pas suffisante pour intégrer les réseaux câblés de télévision dans les marchés de gros. L'Institut doit évaluer si la fourniture d'une offre de gros est techniquement, économiquement et pratiquement réalisable, dans le laps de temps de l'analyse de marché. A cet égard, la Commission rappelle dans les lignes directrices de 2002 qu'une « *substituabilité du côté de l'offre purement hypothétique ne suffit pas aux fins de la définition du marché* ». Elle précise notamment que dans la détermination du marché de produit et du marché géographique, les ARN doivent tenir compte des éléments suivants:

- les coûts globaux d'adaptation de la production au produit en question sont relativement négligeables ;
- le fait qu'une entreprise rivale possède certains des actifs nécessaires à la prestation d'un service donné est sans importance si un volume considérable d'investissements supplémentaires est nécessaire pour commercialiser le service en question et en tirer des bénéfices ;
- 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.).

Or, l'analyse de l'Institut montre qu'en cas d'augmentation du prix de l'offre BROBA II (test du monopoleur hypothétique):

- d'une part les coûts et les délais d'adaptation ne sont pas négligeables
- d'autre part compte tenu de l'étendu géographique des réseaux câblés., il n'est pas établi qu'une demande puisse se développer pour des offres de réseaux câbles
- enfin, que, parallèlement à l'absence de demandes des opérateurs alternatifs. les câblo-opérateurs n'ont jamais manifesté d'intérêt pour développer de telles offres (comme le reconnaît le Conseil de la concurrence)

L'ensemble de ces éléments justifie donc l'exclusion de ces opérateurs de la définition du Marché 12.

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

L'IBPT considère qu'il est important de préciser que la Commission se refuse à prendre en compte l'autoconsommation dans la définition du marché pertinent. En fait, les seules décisions de la Commission qui critiquent l'absence de la prise en compte de l'autoconsommation font spécifiquement références à sa prise en compte au niveau de l'analyse de marché et non à la définition du marché pertinent (voir par exemple cas *Schneider Electric SA v Commission of the European Communities*). D'ailleurs, la seule décision de la Commission qui concerne la prise en compte de l'autoconsommation au niveau de la définition du marché a statué que l'autoconsommation devait être exclue de la définition du marché. Ainsi, dans la décision *Accor/Wagon-lit* la Commission a rappelé 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 ».

Pour autant, comme l'IBPT l'a fait dans son analyse de marché, il est possible de prendre en compte l'autoconsommation dans son analyse de marché. L'ARCEP a par exemple pris en compte l'autoconsommation pour apprécier l'effet de levier dont peut jouer une entreprise verticalement intégrée¹. Elle a ainsi mesuré la part d'*accès maîtrisés* pour évaluer la puissance de France Télécom sur le marché du bitstream. De même, dans sa communication de 1997 sur la définition des marchés pertinents² et dans les lignes directrices de 2002, la Commission rappelait que dans l'analyse de la puissance sur le marché, la concurrence potentielle pouvait être prise en compte. Ainsi, *« l'existence d'une concurrence potentielle doit donc être établie pour apprécier si un marché est effectivement concurrentiel au sens de la directive « Cadre », c'est-à-dire si l'on y trouve ou non des entreprises puissantes sur le marché »*. La Commission rappelle que *« la différence entre la concurrence potentielle et les possibilités de substitution du côté de l'offre réside dans le fait que le second facteur réagit rapidement à une augmentation des prix, alors qu'il faut plus de temps à de nouveaux concurrents potentiels pour commencer à approvisionner le marché. Contrairement à la substitution du côté de l'offre, qui n'induit aucun coût important additionnel, une éventuelle entrée sur le marché implique des dépenses à fonds perdus considérables »*³. Dans le cadre du marché belge, il serait difficile de conclure à l'existence d'une concurrence potentielle des câblo-opérateurs sur les marchés de gros dans la mesure où comme nous l'avons vu précédemment, ces derniers n'ont pas d'intérêt stratégique à entrer sur ce marché.

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

Sans pour autant se prononcer ci-dessous sur son analyse du marché 15, l'IBPT constate qu'une des différences entre le droit de la concurrence et l'application du nouveau cadre

¹ Ainsi, comme le note l'ART, *« l'autoconsommation ne peut être ignorée de l'analyse concurrentielle, en particulier dans les cas où une entreprise produit à la fois pour ses propres besoins et pour ceux d'une clientèle extérieure. Dans ce cas en effet, l'autoconsommation est en mesure d'exercer une pression concurrentielle sur les prix pratiqués sur le marché « marchand ». L'examen de la position de l'entreprise sur un marché intermédiaire ne peut évidemment pas se résumer à un calcul de parts de marché du seul marché « ouvert », hors autoconsommation, qui nierait l'effet de levier dont dispose l'entreprise pour agir sur le marché aval vis-à-vis de concurrents pour lesquels elle constitue un fournisseur essentiel sur le marché amont..... Dans ces conditions, l'Autorité considère être en accord avec la jurisprudence et ses évolutions récentes lorsqu'elle effectue son analyse en tenant compte de l'autoconsommation pour apprécier l'effet de levier dont peut jouer l'entreprise verticalement intégrée sur le marché aval. Ainsi, il y a lieu d'utiliser, dans ses critères d'estimation de la puissance de marché d'un opérateur, l'indicateur mesurant la proportion d'accès maîtrisés par un opérateur donné par rapport à l'ensemble des accès »*.

Voir Document transmis au Conseil de la concurrence relatif à l'analyse faite par l'ART du marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau régional : délimitation du marché et opérateur puissant, octobre 2004

² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, Journal officiel n° C 372 du 09/12/1997 p. 0005 - 0013

³ Idem

réglementaire européen est que la Commission a recensé une liste de marchés pertinents comme point de départ des analyses de marché. Selon la définition d'opérateurs virtuels (MVNO) et la considération que leur achat de service en gros appartienne ou non au Marché 15, il est vrai que l'on peut considérer qu'il n'existe pas de transaction commerciale concernant la fourniture d'accès et de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles. Il existe dès lors deux approches pour rencontrer cette situation : 1) déclarer que le Marché 15 est vide 2) analyser le Marché 15 sur la base des éléments les plus pertinents permettant de le faire c'est à dire le marché de détail

L'IBPT est d'avis que l'approche 1) n'est pas très « constructive » et ne répond pas aux objectifs de la Commission européenne qui désire analyser de manière cohérente au niveau européen si des obligations de fourniture d'accès et de départ d'appel doivent être imposées à un ou des opérateurs mobiles. L'approche 2) quand à elle permettrait d'analyser cette situation. De plus dans son mémorandum sur la définition des marchés pertinents, la Commission déclare que « *Le degré de concurrence généralement observé sur le marché de détail laisse toutefois penser qu'une intervention réglementaire ex ante sur le marché de gros [de la fourniture d'accès et de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles] ne se justifie peut-être pas.* ». Dans ce cadre, l'IBPT estime fondé de baser son analyse de marché sur les éléments pertinents du marché de détail aval.

5. Divers régulateurs ont déjà accepté l'autoconsommation (§ 34).

L'IBPT tient à préciser que si elle n'a pas émis de veto sur les décisions mentionnées par le Conseil de la concurrence la Commission a toujours exprimé son désaccord avec la position de ces régulateurs. Par exemple,

- Concernant la Finlande, la présence d'offres en gros au catalogue des câblo-opérateurs n'est pas un élément suffisant pour la Commission car la fourniture en gros d'accès large bande n'est pas effective. Cette position apparaît également dans la réponse de la Commission à la Suède.

- L'Irlande et le Royaume-Uni ont considéré pour leur part que, même en l'absence d'offres de gros sur les réseaux câblés de télévision, les contraintes concurrentielles indirectes dues à l'existence d'une substituabilité au niveau des marchés de détail justifiaient l'intégration des réseaux câblés de télévision dans la définition du Marché 12. La Commission a estimé qu'en incluant les réseaux câblés de télévision, ces ARN auraient du montrer les contraintes potentielles directes exercées par les câblo-opérateurs sur les marchés de gros. Or, d'une part elles se sont contentées de mentionner les contraintes indirectes sur les marchés de détail, et d'autre part, dans le cas de l'Irlande, le régulateur a considéré que l'autoconsommation du câblo-opérateur suffisait à elle seule à intégrer les réseaux câblés de télévision dans le Marché 12.

La position de la Commission est clairement exprimée dans le document GRE (05)51 (p. 35), où il est indiqué que la Commission n'est pas d'accord avec l'inclusion de l'autofourniture des réseaux câblés dans les marchés 12.

L'IBPT tient à préciser que sa décision d'inclure ou non l'autoconsommation dans la définition des marchés pertinents n'est en aucun cas liée à l'impact de cette décision sur l'analyse de marché. D'autre part, comme expliqué précédemment, l'IBPT considère

que sa décision d'exclure l'autoconsommation de la définition des marchés pertinents s'appuie sur une argumentation solide et est de plus conforme avec le droit communautaire et les commentaires de la Commission européenne dans des cas comparables.

2.4 Analyse de substituabilité

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

L'IBPT abonde dans le sens du commentaire du Conseil de la concurrence. L'analyse de substituabilité qui partirait d'une augmentation légère mais durable des prix d'un accès mobile a été omise. Le document d'analyse des marchés a donc été modifié dans ce sens, ce qui n'a pas changé la conclusion sur le fait qu'il existe deux marchés séparés. De manière plus globale, l'IBPT tend lorsque c'est pertinent et afin d'être le plus complet possible à faire les tests de substituabilité dans les « deux sens ».

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

L'IBPT tient à rappeler que la séparation entre le marché fixe et le marché mobile est confirmée par un nombre important de décisions de la Commission européenne dans le cadre de ses compétences au titre du droit de la concurrence.⁴ De plus, l'analyse de l'Institut permet de constater des différences importantes de caractéristiques techniques entre les réseaux fixes et mobile qui impliquent des différences d'utilisation et de caractéristiques importantes entre les services fournis sur ces différentes infrastructures (dont l'impossibilité de pouvoir disposer d'un accès haut débit mentionné plus haut). Des modifications ont néanmoins été apportées au document d'analyse pour prendre en compte les réserves soulevées par le Conseil de la concurrence.

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

L'IBPT tient à signaler que la ligne louée 64 kbit/s la moins chère (0-5 km, Z1-Z1 même zone) coûte 188,40 euros par mois HTVA (228 TVAC), soit 13 fois le prix mensuel d'un accès au réseau téléphonique public. En conséquence, l'IBPT a apporté des précisions à ce sujet dans son projet de décision. De plus, ainsi qu'indiqué dans son analyse de substituabilité du côté de la demande, l'absence de substituabilité repose principalement sur le fait qu'un service de lignes louées ne donne pas en soi accès au

⁴ Voir les décisions de la Commission européenne : pt 33 de M-2574- Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia ; M 1795 – Vodafone Air touch/Mannesmann ; IV M 1430 – Vodafone/Airtouch ; M 1669 – Deutsch Telekom/One2One ; M 2016 – France Telecom/Orange ; M 1439 – TeliaM/Telenor ; Case Comp/ 38.370 – 02 UK Limited/T-Mobile UK Limited.

réseau téléphonique public et ne peut donc satisfaire au besoin de connexion à au réseau téléphonique public qui est la nature des Marchés 1 et 2. Compte tenu des différences élevées entre les liaisons louées et les abonnements téléphoniques, il n'existe aucun doute sur le fait qu'ils appartiennent à deux marchés bien distincts.

2 Résultat: délimitation des marchés pertinents

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

2.1.1. Le Conseil de la concurrence suggère à l'IBPT de ne pas appliquer la segmentation supplémentaire étant donné que celle-ci ne modifie pas les résultats de l'analyse de la puissance et l'identification des remèdes et qu'elle risque de s'avérer porteuse de complexité, sans revêtir une utilité pratique (§ 44).

L'IBPT tient à préciser que son raisonnement est basé sur des analyses de substituabilité, la pratique d'autres régulateurs européens et des cas de jurisprudence.

2.1.2. Le Conseil de la concurrence estime qu'une autre segmentation que celle proposée par la Commission pourrait s'avérer plus appropriée dans la situation belge : le marché national des lignes d'accès basse capacité et le marché national des lignes d'accès haute capacité (§ 46).

L'IBPT note que le Conseil de la concurrence propose une autre définition de marché au motif que les offres d'accès numérique ou analogique de base sont les mêmes pour les deux types de clientèle, dans la mesure où l'analogique et le numérique de base ont les mêmes fonctionnalités. Cet argument semble essentiellement fondé sur une analyse de l'offre. Or un marché se définit en principe essentiellement en fonction de la substituabilité du point de vue de la demande. Sous cet angle, relevons que les caractéristiques de la demande sont fortement différentes selon qu'elle émane d'un consommateur résidentiel ou non résidentiel, qu'il s'agisse des modalités d'achat et de négociation, de la demande de regroupement de plusieurs services en un contrat unique, de l'établissement de critères de qualités de service plus exigeants, etc.

Ces éléments, mentionnés par l'IBPT dans son document d'analyse correspondent à la pratique décisionnelle de la Commission⁵. S'il est exact que les frontières entre ces deux catégories peuvent être parfois floues⁶, on remarque toutefois que la Commission hésite encore à abandonner cette distinction.

Ainsi, dans sa récente décision France Télécom / Amena⁷, la Commission a souligné, s'agissant de la fourniture de services de détail de téléphonie mobile :

⁵ Voir notamment : Affaire No IV/JV.15- *BT/AT&T* et Affaire No COMP/M.1741 – *MCI WorldCom/Sprint*.

⁶ Dans l'affaire No COMP/M.2016 - FRANCE TELECOM /ORANGE), la Commission a laissé ouverte la question d'une telle segmentation, car elle n'était pas pertinente dans le contexte de cette affaire précise.

⁷ Aff. Comp/M.3920, décision du 24 octobre 2005

16. At retail level the Commission has previously considered whether a distinction between business customers and private individuals or between pre-pay and post-pay customers should be made. The exact market definition was however left open.

17. Concerning the distinction among private individuals, small and medium businesses, and multinational corporations (MNCs), the investigation has shown that the needs of the three groups are different especially in terms of roaming services. Also, from a supply-side perspective, operators whose customers are mainly residential cannot easily be a credible actor with business customers, let alone with MNCs. However, the investigation also suggests that the frontier among the three groups of customers is rather blurred.

S'il est donc difficile de conclure avec certitude, il n'en demeure pas moins que l'abandon de la distinction traditionnelle entre clientèle résidentielle et non résidentielle ne devrait être envisagée que si des indices sérieux y conduisaient. Or, à l'inverse, la comparaison des dynamiques propres aux marchés « résidentiel » et « non résidentiel » font apparaître des différences assez marquées. Ainsi, les parts de marchés sur ces segments sont très différentes ; en outre la décroissance de la part de marché de Belgacom est deux fois plus importante sur la clientèle résidentielle que sur la clientèle non résidentielle (voir document d'analyse). Enfin, la segmentation effectuée par l'IBPT ne change pas le résultat de l'analyse, ni les remèdes imposés.

2.1.3. Le Conseil de la concurrence s'interroge également sur l'utilité de segmenter le marché des services d'accès à Internet en quatre sous-marchés (§ 47).

Comme mentionné ci-dessus l'IBPT tient à préciser que son raisonnement est basé sur des analyses de substituabilité, la pratique d'autres régulateurs européens et des cas de jurisprudence et non sur l'utilité pratique de procéder ou non à certaines segmentations.

Enfin, une segmentation plus ou moins fine de ce marché ne change rien au résultat de l'analyse, car l'IBPT a estimé que sur l'ensemble de ces marchés, il n'était pas nécessaire, compte tenu des trois critères de la Recommandation de la Commission Européenne, de définir un marché pertinent pour le marché Internet de détail.

2.2 Marché de l'accès dégroupé (marché 11)

Le Conseil de la concurrence estime que la référence à des boucles métalliques dans la recommandation sur les marchés pertinents ne conduit pas à exclure par nature les autres types de réseaux d'accès (§§ 48-49).

La position de l'IBPT sur ce point est conforme à celle de la plupart des régulateurs nationaux en Europe (voir document GRE (05)51). Compte tenu de la description du marché 11, qui se réfère uniquement aux lignes métalliques, et compte tenu de la faible pénétration de la boucle locale en fibre, l'IBPT estime en effet prématuré et conforme aux objectifs de l'article 6 de la loi relative aux communications électroniques de se référer uniquement aux lignes métalliques conformément à la Recommandation de la Commission Européenne.

2.3 Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande ou accès bitstream (marché 12) (§§ 50-51)

La prestation bitstream ne se limite pas à une interface ATM. La position de l'IBPT est cohérent sur ce point avec celle de l'ARCEP, de Comreg et de la BNetZA, qui ont inclus l'interface IP dans la définition du marché 12. La position de l'IBPT se repose sur le principe de la neutralité technologique, et sur le principe de non-discrimination, qui signifie que l'opérateur dominant doit offrir aux opérateurs tiers le même service bitstream de gros qu'il offre à ses propres services. L'offre bitstream doit en effet évoluer en fonction de la technologie et permettre à un opérateur tiers efficace de répliquer, sur le marché de détail, les offres de l'opérateur puissant.

C. Détermination du/des opérateurs SMP

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

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

L'IBPT a conclu en effet que les principaux risques pour la concurrence sont l'effet de squeeze ou la prédation. C'est pour cela que l'IBPT propose d'introduire un remède de détail consistant en l'application d'un test de price squeeze. Ce remède paraît le plus approprié pour prévenir ce genre de comportement. Suite à l'avis du Conseil de la concurrence, l'IBPT a néanmoins davantage développé son explication quant à la nécessité de l'introduction de ce test ainsi que par rapport à la méthodologie qu'il envisage d'appliquer eu égard aux résultats de la consultation prévue à ce sujet.

Le Conseil de la concurrence estime que l'IBPT n'explicite pas pourquoi la structure de duopole du marché des accès haut débit à l'Internet ne conduit pas à une situation de dominance conjointe (§ 53).

Or, la position relativement forte du câble sur le marché de l'internet de détail a été l'une des raisons qui a conduit l'IBPT à conclure que le marché Internet de détail n'était pas un marché pertinent susceptible d'une régulation ex ante. L'IBPT n'en a tiré aucune conclusion quant au caractère concurrentiel ou non de ce marché.

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

Le Conseil de la concurrence exprime ses doutes sur l'analyse de l'IBPT désignant Belgacom comme seul offreur dans les marchés 11 et 12 en position dominante sur ces marchés sur la période considérée et indique que les consommateurs finaux ont le choix entre au moins deux opérateurs d'accès pour les services voix et accès à Internet (§ 55).

L'IBPT considère qu'il y a ici une confusion entre le marché de détail et le marché de gros. Le Marché 12 est un marché de gros, sur lequel les acheteurs sont des opérateurs.

Sur ce marché en l'absence d'offre des câblo-opérateurs, ces opérateurs acheteurs n'ont pas le « choix de pouvoir utiliser l'infrastructure des câblo-opérateurs »

D. Remèdes

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

L'IBPT est évidemment d'accord avec le Conseil de la concurrence sur la nécessité d'assurer le caractère approprié, proportionné et justifié des remèdes. Cependant, l'IBPT n'estime pas nécessaire de reproduire exactement la méthodologie spécifique qu'aurait appliqué une autorité de réglementation en particulier, anglaise ou néerlandaise, pour évaluer le caractère approprié, proportionné et justifié des remèdes.. L'IBPT s'est appuyé sur les directives communautaires, sur les textes d'application de la Commission et surtout sur la loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Dans le cas de l'imposition d'un nouveau remède tel que la revente de l'abonnement, ou de la suppression d'un remède existant tel que l'orientation vers les coûts de l'abonnement téléphonique, l'IBPT a expliqué en détail les motivations de l'imposition de ce remède, ainsi que les autres solutions alternatives et leur caractère efficace ou non. Lorsqu'il s'agissait de maintenir un remède existant (ce qui correspond à l'option « wait and see »), la motivation a également été élaborée. De plus, dans le cas de remèdes existants avant l'analyse de marché actuelle, l'évaluation du caractère proportionnel tient explicitement compte du fait que la charge la plus lourde liée à ce remède pour l'opérateur, à savoir la charge relative à l'implémentation du remède (p.ex. la mise en place du CPS, la rédaction d'une offre de référence...), a été consentie antérieurement à la présente analyse de marché, soit dans le passé, et que le maintien du remède requiert par conséquent moins de ressources. Toutefois, afin de rendre plus lisible son analyse et réconforter le lecteur quant à l'examen des éléments constitutifs du caractère approprié, proportionnel et donc justifié des remèdes, l'Institut a modifié son document d'analyse par l'ajout, dans chaque section relative à la définition des remèdes, de commentaires additionnels lorsque la motivation ou le contexte méritait éventuellement d'être précisés.

3. Observations ponctuelles, à titre d'illustration

3.1 Imposition de la revente en gros de l'abonnement

Le Conseil de la concurrence se demande « *Quelles sont les remèdes potentiels et pourquoi le WLR est à préférer sur d'autres remèdes ?* » (§ 67)

L'IBPT souligne qu'aux pages 92 et suivantes, l'IBPT a listé les remèdes potentiels, les a évalués et a estimé qu'ils étaient insuffisants pour remédier à la situation actuelle (dupliquer le réseau BGC est irréalisable, le CSC/CPS existe déjà et n'apporte pas de solution pour l'accès, le dégroupage exige des investissements importants et n'est pas une solution nationale et est encore trop peu développé, le BROBA ne permet pas de s'adresser aux clients qui veulent seulement du bas débit).

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

L'IBPT tient à souligner que ni la loi belge ni les directives communautaires n'imposent une obligation d'attribuer un niveau relatif d'importance, ou un nombre de points, à chaque critère. Comme l'a souligné le GRE dans son document sur les remèdes, l'appréciation du caractère approprié des remèdes est nécessairement qualitative. Le législateur belge a confié à l'IBPT le soin de trouver l'équilibre entre les différents objectifs identifiés à l'article 6 de la loi relative aux communications électroniques tels que, par exemple, la promotion de la concurrence, l'intérêt des consommateurs et la promotion des investissements efficaces. L'IBPT constate que le commentaire du Conseil n'explique pas en quoi la pondération et l'appréciation faites par l'IBPT en matière de wholesale line rental serait contraire aux objectifs du droit de la concurrence belge.

Le Conseil de la concurrence constate *« qu'il n'y a pas unanimité au sein des opérateurs en faveur du WLR tel qu'il est proposé par l'IBPT »*.

Dans l'expérience de l'IBPT, vu les antagonismes entre les acteurs résultant de leur poursuite d'intérêts divergents, le régulateur n'obtient jamais l'unanimité des opérateurs dans le cadre de l'imposition des remèdes.

3.2 Contrôle des prix de détail de l'accès

Le Conseil de la concurrence préconise *« l'option wait and see consistant à attendre l'évaluation de l'efficacité de l'introduction éventuelle de ce nouveau remède de gros que représente le WLR avant de modifier/renforcer le cadre réglementaire existant au niveau du marché de détail de l'accès »* (§ 69) et réfère à cet égard à l'approche adoptée par le Conseil de la concurrence français dans son avis n° 05-A-05 du 16 février 2005.

L'Institut rappelle que l'article 64 de la loi relative aux communications électroniques n'impose pas à l'IBPT d'attendre pour apprécier le caractère suffisant ou non des remèdes de gros. L'utilisation du conditionnel *« ne permettraient pas »* indique que l'IBPT doit apprécier la situation concurrentielle de manière prospective en s'appuyant sur les éléments en sa possession, et non pas attendre un retour d'expérience avant d'imposer un remède. Toute autre lecture du texte conduirait nécessairement à la suppression de l'ensemble des remèdes de détail. Plusieurs opérateurs ont reproché à l'IBPT d'avoir supprimé l'obligation d'orientation vers les coûts avant la mise en œuvre effective du wholesale line rental, estimant qu'il existait un risque pour la concurrence compte tenu du décalage dans le temps dans la mise en place du wholesale line rental.

Le commentaire du Conseil de la concurrence semble suggérer qu'il faudrait supprimer l'ensemble des remèdes de détail, ce qui serait selon l'IBPT contraire aux objectifs de l'article 6 de la loi relative aux communications électroniques.

Néanmoins, l'Institut s'est efforcé de compléter la motivation relative à l'insuffisance potentielle des remèdes de gros.

3.3 Maintien et extension des offres BRUO et BROBAII

Le Conseil de la concurrence estime qu' *« il est, sur cette base, difficile d'évaluer le caractère approprié des remèdes proposés (maintien et extension des offres BRUO et*

BROBAIL) et la mesure dans laquelle ils respectent les principes du "ladder of investment. » (§ 72)

L'IBPT estime que l'appréciation du caractère approprié des remèdes, et notamment la mesure de leur contribution aux investissements efficaces en matière d'infrastructures et à l'échelle des investissements, relève de la responsabilité de l'IBPT. Le Conseil de la concurrence se prononce, quant à lui, sur la compatibilité des mesures proposées avec les objectifs du droit de la concurrence belge.

3.4 Imposition de remèdes dans le marché émergent VDSL, VDSL2

Le Conseil de la concurrence parle d'un « *marché émergent VDSL, VDSL2* » et s'interroge sur « *le caractère justifié et technologiquement neutre de l'imposition d'une offre de type bitstream VDSL, VDSL2* » (§ 73)

Selon l'IBPT les technologies VDSL ne sont pas des « marchés émergents ». Il s'agit de l'extension d'un service bitstream existant, une continuité technologique.

Le Conseil de la concurrence préconise le '*recours à une option "wait and see" de préférence à une intervention régulatrice ex ante qui risque de perturber la concurrence par innovation dans ce marché émergent.*'

L'inclusion du VDSL dans le marché 12 s'appuie sur une analyse -certes limitée- de substituabilité du côté de l'offre. Cependant, les conséquences de cette inclusion en termes de remèdes sont très importantes.

Le Conseil de la concurrence s'interroge sur l'impact potentiel sur l'investissement des remèdes imposés en matière de VDSL, que ce soit sur le marché 12 (accès haut débit de gros) ou sur le marché 11 (dégrouper) et évoque la sévérité de la règle d'orientation vers les coûts, estimant qu'un remède de ce type pourrait décourager l'investissement.

L'IBPT partage l'avis du Conseil selon lequel les remèdes doivent encourager l'investissement efficace en infrastructures. L'Institut étudie la possibilité d'imposer un prix d'accès haut débit de gros qui encourage l'investissement, notamment en s'éloignant d'un concept pur d'orientation vers les coûts. Notons toutefois que le concept d'orientation sur les coûts, tel qu'il est traditionnellement appliqué par les autorités de réglementation nationales, prévoit déjà une rémunération du capital investi, via la prise en compte du coût du capital (WACC). Cela signifie que les tarifs régulés doivent permettre à l'opérateur SMP de rémunérer ses créanciers mais aussi ses actionnaires.

Ainsi, l'IBPT pourrait, notamment pour l'accès haut débit de gros, utiliser un concept hybride, combinant l'orientation vers les coûts avec la nécessité de ne pas créer d'effet d'éviction et encourager l'investissement. L'effet d'éviction serait mesuré par rapport à un opérateur alternatif hypothétique efficace, construisant une offre d'accès haut débit de gros à partir du dégroupage. C'est la méthode récemment mise en œuvre par l'ARCEP en France. Le résultat serait un prix d'accès supérieur au niveau d'orientation vers les coûts, et qui encouragerait l'investissement.

En ce qui concerne le marché 11, la question est différente. La boucle locale de cuivre possède toutes les caractéristiques d'une facilité essentielle et en tant que telle justifie l'imposition d'une obligation de non-discrimination : l'opérateur puissant doit accorder aux opérateurs tiers un accès non-discriminatoire à cette boucle locale dans les mêmes conditions que celles que l'opérateur puissant accorde à ses propres services. En matière de VDSL, cela signifie une égalité de traitement entre Belgacom et un opérateur tiers

dégroupeur dans l'installation d'équipements nécessaires pour les nouvelles technologies du type ADSL 2+ et VDSL. Pour la gestion des interférences et des ressources rares (telles que l'espace disponible dans les locaux techniques de Belgacom) l'IBPT devra gérer les conflits de manière neutre.

La nécessité d'encourager l'investissement a été l'une des raisons pour lesquelles le régulateur allemand, BNetzA, a souhaité dans un premier temps exclure la technologie VDSL des marchés pertinents de gros, et plus particulièrement du marché 12 de l'accès à un débit binaire. Selon la Commission européenne, une telle exclusion n'était pas compatible avec la nécessité d'appliquer les principes du droit de la concurrence dans l'analyse des marchés, et d'adopter une approche neutre sur le plan technologique. La Commission a donc émis des « doutes sérieux » concernant la compatibilité de la mesure allemande proposée avec la Directive Cadre. Outre ces motifs, la Commission cite à l'appui de l'inclusion du VDSL dans le marché 12 : i) l'absence de distinction technologique importante entre l'ADSL et le VDSL, ces deux technologies offrant le même type de fonctionnalités, ii) l'introduction de demandes d'accès wholesale sur une largeur de bande identique supportant les deux technologies, iii) l'absence d'obstacle au changement d'une technologie à l'autre.

“The exclusion of wholesale access to VDSL connections (...)

Pursuant to Article 8(2) of the Framework Directive, NRAs shall promote competition in the provision of electronic communications services. Whereas it is entirely legitimate to encourage efficient investment in infrastructure and promote innovation, care also needs to be taken to ensure that there is no distortion or restriction of competition in the electronic communications sector and that users derive maximum benefit in terms of choice, price and quality. In accordance with Article 15(3) of the Framework Directive, NRAs must define relevant markets taking the utmost account of the Recommendation and the guidelines⁹ for market analysis and assessment of significant market power.

The assessment submitted in the present case does not seem to be in line with Article 15(3) of the Framework Directive, in particular the need to define markets in accordance with the principles of competition law, in the light of the objectives referred to in Article 8 of the Framework Directive.

The regulatory framework requires national regulatory authorities to take the utmost account of the desirability of the making regulations technologically neutral when defining and analysing markets. The Guidelines and the Recommendation on relevant markets furthermore take a forward-looking approach to market definition.

BNetzA argues that retail broadband products which are dependent on wholesale VDSL input are not available yet and that VDSL infrastructure does not yet exist in Germany. However, according to press releases of DT, a substantial roll-out of fibre optic infrastructure (hybrid lines), in order to

provide retail broadband products which are dependent on wholesale VDSL input, is planned by the incumbent in the near future so that these products will become available in Germany during the period of the forward looking assessment.¹⁰ Deutsche Telekom is already running pilot projects. As regards the retail products that will be offered over VDSL, the Commission does not have any indication at this stage that within the timeframe of the forward looking assessment, such products would differ substantially from what is delivered over ADSL(2+) technology. In particular, it is not known to the Commission which retail products would require a bandwidth that would not be available via ADSL(2+). As demand for wholesale access therefore would seem to remain focussed in the first place on bandwidth supported by both technologies, VDSL- and ADSL-based wholesale access would appear to offer the same functionality. Also, there are at this stage no indications of barriers for wholesale customers to switch from ADSL-based bitstream to VDSL-based bitstream. As long as supply of a sufficiently large bandwidth is ensured enabling wholesale customers to serve the retail broadband access market(s) by interconnecting to DT's network at ATM and/or IP level, the wholesale customer should be indifferent whether such

product is provided over ADSL or VDSL technology.

As regards the abovementioned issues, the Commission understands that during the national consultation BNetzA did not propose the exclusion of VDSL from the relevant market and consequently market players did not have an opportunity to comment. An input from market players on this issue could, however, have provided relevant information.

For the reasons set above, and on the basis of the information currently available to it, the Commission has serious doubts as to whether the market definition proposed by BNetzA meets the requirements laid down in Articles 15(3) of the Framework Directive, read in conjunction with Article 8(2) of the Framework Directive. These serious doubts stem from the lack of reasoned evidence as to exclusion of wholesale access to VDSL connections from the relevant market(s)".

Réagissant à la lettre de la Commission, le BNetzA a modifié sa position afin d'inclure la technologie VDSL dans le marché pertinent.

L'IBPT estime que son approche d'inclure la technologie VDSL dans les marchés de gros pertinents, et d'encourager l'investissement à travers les choix, notamment tarifaires, effectués au niveau des remèdes, est en ligne avec la position exprimée par la Commission européenne.

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

Le Conseil de la concurrence attire l'attention de l'IBPT sur le fait qu'il doit également veiller au respect de l'approche "ladder of investment" dans le cadre de l'imposition d'une obligation générique de répondre à toute demande raisonnable d'accès.(§ 79)

L'IBPT partage cette analyse.

3.6 Imposition d'une révision annuelle des offres de référence

Le Conseil de la concurrence s'interroge sur le caractère justifié et proportionné d'une révision annuelle des offres de référence. (§ 81)

L'IBPT souligne que la révision annuelle de l'offre de référence n'implique pas la réécriture de l'offre, mais seulement sa mise à jour. Compte tenu du caractère évolutif du marché, une mise à jour annuelle n'est pas excessive, et comme l'a justement remarqué le Conseil, les modifications annuelles de l'offre diminuent au fil du temps. La révision annuelle ne représente donc pas une obligation disproportionnée pour l'opérateur puissant.

Il n'est pas disproportionné de réviser un document existant. Avec le temps, l'offre de référence subit en principe moins de modifications (en tout cas le BRIO). De plus, il faut bien mettre les prix à jour. Le principe est la révision annuelle, les modifications en cours d'année devraient être des exceptions.

3.7 Obligations de séparation comptable

Le Conseil de la concurrence indique que le caractère et approprié et proportionné des obligations de séparation comptable ne pourra être évalué que lorsque l'IBPT publiera une décision relative à la description du système de comptabilisation des coûts.

L'IBPT souligne que cela n'est pas faux, cela doit être fait, mais que Belgacom n'est pas dans une situation où elle ignorait totalement le contenu des obligations envisagées: elle dispose déjà d'un système de comptabilisation des coûts, elle tient déjà des comptes séparés et connaît les recommandations de la Commission et de l'ERG en la matière.

Conclusions

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

L'IBPT estime qu'il a précisé les motifs du caractère approprié, proportionné et justifié de chaque obligation proposée, avec un niveau de détail et d'explication qui a varié selon qu'il s'agissait de l'imposition d'un nouveau remède, ou du maintien d'un remède existant.

Le Conseil de la concurrence rappelle sa position quant au « *caractère subsidiaire des obligations éventuelles destinées aux marchés de détail, c'est-à-dire les obligations dénommées "remèdes de détail"* » et estime que « *conformément à l'article 64, § 1er, premier alinéa, de la Loi, l'IBPT ne pourra imposer une ou plusieurs de ces obligations qu'après avoir constaté que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 de la Loi, c'est-à-dire les remèdes de gros, ne permettent pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la Loi.* »

Comme indiqué ci-dessus, l'IBPT estime que la conclusion du Conseil de la concurrence découle d'une lecture erronée de l'article 64 de la loi relative aux communications électroniques, qui utilise le conditionnel « ne permettraient pas », comme la directive d'ailleurs. Si l'interprétation du conseil de la concurrence devait être retenue, les remèdes de détail ne pourraient être imposés qu'ex post, alors que la directive « service universel » prévoit qu'ils puissent être imposés ex ante.

Le Conseil de la concurrence estime qu'« *à l'heure actuelle, la question de savoir si l'un ou l'autre de ces remèdes de détail doit être imposé, est prématurée. Le présent avis ne pourrait dès lors pas avoir pour objet d'autoriser à l'IBPT, conformément à l'article 55, § 5, de la Loi, d'imposer une ou plusieurs des obligations visées au deuxième alinéa de l'article 64, § 1, de la Loi et mentionnées ci-dessus. Lorsque, à l'avenir, l'IBPT voudra imposer un ou plusieurs de ces remèdes de détail, le Conseil de la concurrence émettra son avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence, après avoir reçu communication du projet de décision de l'Institut, conformément à l'article 55, § 5, de la Loi.* »

L'IBPT considère que l'interprétation du Conseil de la concurrence reviendrait à supprimer l'ensemble des remèdes sur l'ensemble des marchés de détail pour attendre un constat sur l'efficacité des remèdes de gros avant d'agir. Cette position n'a été prise par aucun régulateur en Europe, et l'IBPT estime qu'une telle position, outre le fait qu'elle découle d'une lecture erronée de la loi et de la directive, serait contraire aux objectifs fixés par le législateur belge dans l'article 6 de la loi relative aux communications électroniques.

Pour le reste, l'IBPT se réfère à l'avis rendu par le Professeur D. Geradin quant aux compétences du Conseil de la concurrence en la matière et les éléments procéduraux y relatifs.