



**INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX
ET DES TELECOMMUNICATIONS**

DÉCISION DU CONSEIL DE L'IBPT

du 14 septembre 2010

concernant l'imposition d'une amende administrative à Telenet pour le non-respect de l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et de l'article 137 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques

Table des matières

1. OBJET.....	3
2. FAITS, CONTEXTE JURIDIQUE ET RÉTROACTES	3
2.1. FAITS	3
2.2. OBLIGATIONS LÉGALES AU FOND	4
2.3 PROCÉDURE SUIVIE	4
3. BASES LÉGALES	5
4. ANALYSE DE L'IBPT CONCERNANT LE RESPECT DE L'ARTICLE 14, §2, 2° DE LA LOI DU 17 JANVIER 2003 ET DE L'ARTICLE 137 DE LA LOI DU 13 JUIN 2005.....	5
4.1. GRIEF COMMUNIQUÉ.....	5
4.2. POINT DE VUE DE TELENET PAR RAPPORT AUX GRIEFS COMMUNIQUES ET L'APPRÉCIATION PAR L'IBPT	6
4.2.1. <i>Motivation du grief communiqué</i>	6
4.2.2. <i>Point de vue de Telenet</i>	8
4.2.3. <i>Appréciation par l'IBPT</i>	10
4.3. DÉCISION CONCERNANT LE RESPECT DE L'ARTICLE 14, §2, 2° DE LA LOI DU 17 JANVIER 2003 ET DE L'ARTICLE 137 DE LA LOI DU 13 JUIN 2005	12
5. MOTIVATION DE L'IBPT CONCERNANT L'IMPOSITION DE L'AMENDE ET DÉTERMINATION DE SON MONTANT.....	12
5.1. MONTANT ENVISAGÉ POUR L'AMENDE ADMINISTRATIVE COMMUNIQUÉ À TELENET.....	12
5.2. POINT DE VUE DE TELENET CONCERNANT LE MONTANT ENVISAGÉ POUR L'AMENDE ADMINISTRATIVE.....	12
5.3. MOTIVATION RELATIVE À L'IMPOSITION D'UNE AMENDE.....	12
5.4. MOTIVATION RELATIVE AU MONTANT DE L'AMENDE.....	13
5.4.1. <i>En général</i>	13
5.4.2. <i>Principe de proportionnalité et chiffre d'affaires sur le marché concerné</i>	14
5.4.3. <i>Gravité de l'infraction</i>	14
5.4.4. <i>Durée de l'infraction</i>	14
5.4.5. <i>Circonstances atténuantes</i>	15
5.5. DÉCISION CONCERNANT L'AMENDE	15
6. DÉCISION.....	15
7. NOTIFICATION ET PUBLICATION DE LA DÉCISION.....	16
8. VOIES DE RECOURS.....	16

1. OBJET

La présente décision vise à déterminer si les griefs communiqués au sujet du non-respect de l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (ci-après : « la loi du 17 janvier 2003 ») et l'article 137 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après : « la loi du 13 juin 2005 ») peuvent être définitivement retenus contre Telenet et, si tel est le cas, à déterminer si, conformément à l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003, une amende administrative doit être imposée à Telenet.

2. FAITS, CONTEXTE JURIDIQUE ET RÉTROACTES

2.1. FAITS

Le 11 décembre 2009, l'IBPT a envoyé une lettre à Telenet afin d'obtenir de plus amples informations sur l'adaptation de l'offre retail de Telenet basée sur la technologie EuroDOCSIS 3. L'Institut souhaitait savoir précisément:

1. à quel stade étaient les préparations pour mettre en service la technologie EuroDOCSIS3 ;
2. si tous les clients allaient d'office recevoir un nouveau modem ou s'ils allaient devoir en demander un eux-mêmes après le lancement de l'offre retail ;
3. quelles seraient les caractéristiques de ces produits retail (vitesse de téléchargement, vitesse de chargement, prix, volume de téléchargement) ; et
4. quand Telenet envisage-t-elle de lancer ce nouveau produit retail.

Dans une lettre du 25 décembre 2009 envoyée par e-mail le 26 décembre 2009, Telenet a signalé que :

1. Docsis 3.0 serait déployé progressivement dans le courant de l'année 2010;
2. Telenet n'avait pas encore installé Docsis 3.0 sur le marché;
3. aucune stratégie commerciale définitive n'avait été mise au point quant à la définition du produit (vitesse de téléchargement et de chargement, prix, et limite de volume) ; et
4. Telenet ne possédait encore aucun plan de déploiement concret.

Dans la même lettre, Telenet annonçait qu'elle ne manquerait pas d'informer l'IBPT, dès qu'une décision commerciale et d'investissement plus claire serait prise.

Le 1^{er} février 2010, l'Institut a été informé, faisant suite à l'e-mail du 26 décembre 2009, que Telenet lancerait son nouveau produit Docsis 3.0 le lundi 8 février 2010. Les caractéristiques du produit seront les suivantes: 100 Mbit/s pour le téléchargement, 5 Mbit/s pour le chargement et un volume de 250 GB.

2.2. OBLIGATIONS LÉGALES AU FOND

L'article 14, 2§2° de la loi du 17 janvier 2003 stipule ce qui suit :

“§ 2. Dans le cadre de ses compétences, l'Institut :

[...]

2° peut exiger, par demande motivée, de toute personne concernée toute information utile. L'Institut fixe le délai de communication des informations demandées;”

L'article 137 de la loi du 13 juin 2005 stipule:

“§1. Dans le cadre de ses compétences, l'Institut peut exiger, par demande motivée, de toute personne concernée toute information utile. L'Institut fixe le délai de fourniture des informations demandées.

La communication préalable d'informations à l'Institut ne peut constituer une des conditions d'accès au marché mentionnées.

Les informations demandées par l'Institut doivent être proportionnelles à l'exécution de la compétence en question. L'Institut donne les raisons de sa demande d'informations.

§ 2. Le ministre fixe, après avis de l'Institut, donné après consultation des acteurs du marché concernés, les modalités en matière d'échange d'informations prévues dans la présente loi.”

2.3 PROCÉDURE SUIVIE

Le 5 février 2010, l'IBPT a envoyé une lettre à Telenet indiquant qu'il se pouvait que Telenet n'ait pas agi conformément aux obligations qui lui sont imposées par l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 et par l'article 137 de la loi du 13 juin 2005.

Dans cette lettre du 5 février 2010, l'IBPT a donné à Telenet l'opportunité de communiquer son point de vue sur les constatations d'une éventuelle infraction aux articles susvisés. Ce point de vue devait être transmis à l'IBPT pour le 19 février 2010 au plus tard.

La lettre de l'IBPT du 5 février 2010 indiquait que ce courrier constituait éventuellement la dernière étape avant l'ouverture d'une procédure de poursuites et de sanctions prévue par l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003.

Telenet a répondu dans une lettre du 17 février 2010 que les problèmes avec le « field trial » du modem Docsis 3 (fin janvier), l'émission radio Peeters & Pichal du mardi 2 février et le lancement par Belgacom de sa nouvelle offre Internet le 5 février l'ont forcée à procéder au tout dernier moment à une révision approfondie de certains aspects et à une adaptation partielle.

Telenet met en exergue qu'il s'agissait des raisons pour lesquelles seule cette information a été envoyée à l'IBPT le lundi 1^{er} février. A ce moment, seule cette information était considérée comme définitive par Telenet.

Par la lettre du 17 juin 2010, l'IBPT a réfuté l'argumentation de Telenet. L'Institut a constaté l'infraction à l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 et à l'article 137 de la loi du 13

juin 2005, a fait part de son grief et du montant envisagé pour l'amende administrative imposée à Telenet, et l'a invitée à transmettre ses commentaires écrits à cet égard et a comparaitre à une audition.

Telenet a transmis ses commentaires écrits à l'IBPT dans la lettre du 30 juin 2010.

Telenet a comparu à l'audition avec le Conseil de l'IBPT, qui a eu lieu le 20 juillet 2010.

Dans la lettre du 17 juin 2010, le Conseil de l'IBPT a déclaré qu'il pourrait, après avoir reçu les commentaires écrits de Telenet et après l'audition, décider de retenir définitivement le grief communiqué (une ou plusieurs parties de celui-ci) et d'imposer définitivement une amende administrative, conformément à l'article 21, § 5, de la loi du 17 janvier 2003.

3. BASES LÉGALES

L'article 21, § 5, de la loi du 17 janvier 2003 stipule:

«§5. Le Conseil rend une décision dans les soixante jours qui suivent la clôture des débats. Cette décision est notifiée par lettre recommandée à l'intéressé ainsi qu'au Ministre et publiée sur le site Internet de l'Institut.

Vu la structure de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003, il y a lieu de conclure que la décision visée au §5, porte sur l'adoption définitive ou non des griefs, communiqués en application de l'article 21, §1^{er}, de la loi du 17 janvier 2003, et sur l'imposition définitive ou non d'une amende administrative, dont le montant envisagé a également été communiqué conformément à l'article 21, §1^{er}.

4. ANALYSE DE L'IBPT CONCERNANT LE RESPECT DE L'ARTICLE 14, §2, 2° DE LA LOI DU 17 JANVIER 2003 ET DE L'ARTICLE 137 DE LA LOI DU 13 JUIN 2005

4.1. GRIEF COMMUNIQUÉ

Par son courrier du 17 juin 2010, l'IBPT a communiqué à Telenet le grief suivant:

« Le non-respect de l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 et de l'article 137 de la loi du 13 juin 2005 pour ne pas avoir répondu (à la question sur les modems) ou répondu de façon incomplète (à d'autres questions) à la demande d'informations de l'IBPT. »

4.2. POINT DE VUE DE TELENET PAR RAPPORT AUX GRIEFS COMMUNIQUÉS ET L'APPRÉCIATION PAR L'IBPT

Telenet a exprimé son point de vue par rapport au grief communiqué dans une lettre du 30 juin 2010 et lors de l'audience du 20 juillet 2010.

L'Institut répète ci-dessous la motivation pour la formulation du grief communiqué, reproduit le point de vue de Telenet par rapport au grief communiqué afin de donner ensuite l'appréciation définitive qu'il donne au point de vue de Telenet et au grief communiqué.

4.2.1. Motivation du grief communiqué

La motivation au fond du grief communiqué était la suivante :

a. Contenu de la demande d'information

Dans la lettre du 11 décembre 2009, l'IBPT a demandé à Telenet sur la base des dispositions susmentionnées les informations suivantes :

1. à quel stade étaient les préparations pour mettre en service la technologie EuroDOCSIS3 ;
2. si tous les clients allaient d'office recevoir un nouveau modem ou s'ils allaient devoir en demander un eux-mêmes après le lancement de l'offre retail ;
3. quelles seraient les caractéristiques de ces produits retail (vitesse de téléchargement, vitesse de chargement, prix, quota de téléchargement) ; et
4. quand Telenet envisage-t-elle de lancer ce nouveau produit retail.

b. Réponse de Telenet

Dans sa lettre du 25 décembre 2009, Telenet a répondu que:

1. Docisis 3.0 serait déployé progressivement dans le courant de l'année 2010;
2. Telenet n'avait pas encore installé Docsis 3.0 sur le marché;
3. aucune stratégie commerciale définitive n'avait été mise au point quant à la définition du produit (vitesse de téléchargement et de chargement, prix, et limite de volume) ; et
4. Telenet ne possédait encore aucun plan de déploiement concret.

Le lundi 8 février, soit à peine 25 jours ouvrables plus tard, Telenet annonce cependant qu'elle présentera et lancera son nouveau produit Docsis 3.0, et que les caractéristiques du produit seront les suivantes : 100 Mbit/s pour le téléchargement, 5 Mbit/s pour le chargement et un volume de 250 GB.

c. Analyse

1. Telenet ne conteste pas que sa lettre du 25 décembre 2009 n'ait pas répondu à la question visant à savoir si tous les clients de Telenet allaient recevoir un nouveau modem ou s'ils allaient devoir en demander un eux-mêmes après le lancement de l'offre retail (question 2 de la lettre du 11 décembre 2009 susmentionnée).

Le fait de ne pas répondre à une question de l'IBPT dans le cadre d'une demande d'information constitue une infraction aux dispositions mentionnées au point V.1.

Le fait que Telenet ait, dans sa lettre du 17 février 2010, effectivement répondu à cette question n'empêche pas que l'Institut retienne éventuellement une infraction. Une infraction a en effet été constatée du 25 décembre 2009 au 17 février 2010.

2. La demande d'information par un régulateur n'est pas un but en soi, mais un moyen d'atteindre les objectifs du cadre réglementaire en adoptant des décisions de l'IBPT dans le cadre de ses compétences.

La demande d'information du 11 décembre 2009 indiquait clairement qu'elle était justifiée dans le cadre de la tâche qui incombe à l'IBPT dans le contexte de l'analyse de marché concernant les marchés d'accès large bande et que cette demande était fondée sur l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003.

Telenet n'a pas indiqué dans le délai de réponse imparti que la demande qui lui était adressée manquait de clarté et n'a pas demandé à l'IBPT de clarifier le but de sa demande.

Il devait donc être clair que la demande d'information a été émise pour pouvoir mesurer l'impact de nouvelles offres retail sur les marchés d'accès large bande et sur les marchés de la radiodiffusion lors de la rédaction du document de consultation à cet égard, et pour, à partir des données correctes, être en mesure de cerner l'évolution future de la concurrence sur ces marchés.

Dans ce contexte, donner la réponse qui a été donnée le 25 décembre 2009, et 25 jours ouvrables plus tard, annoncer le lancement de nouveaux produits basés sur la nouvelle technologie visée par les questions de l'IBPT montre que Telenet a au moins communiqué une information insuffisante et donc incorrecte à l'IBPT. Telenet n'a donc pas répondu de façon appropriée à la demande d'information de l'IBPT dans sa lettre du 11 décembre 2009.

Le fait que Telenet ait répondu de façon inappropriée constitue une infraction aux dispositions légales citées au point V.1.

Dans la lettre du 5 février 2010, l'IBPT a clairement fait comprendre que la lettre du 25 décembre 2009 (envoyée par Telenet par email le 26 décembre 2009) pouvait constituer une infraction à l'article 14 §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 :

“La réponse de Telenet dans sa lettre du 25 décembre 2009 disant que Telenet comptait déployer Docsis 3.0 dans le « courant de l'année 2010 » est en effet trop vague pour être compatible avec une annonce dans l'email du 1^{er} février 2010 du lancement d'un produit le 8 février 2010 présentant les caractéristiques mentionnées dans l'email du 1^{er} février. La période entre le 25 décembre 2009 et le 1^{er} février 2010 (conformément aux 25 jours ouvrables) est clairement trop courte pour mettre au point une stratégie commerciale, les caractéristiques d'un produit et les plans de déploiement. L'Institut en déduit donc que Telenet devait déjà posséder plus d'informations à la date du 25 décembre 2009, surtout concernant le timing du lancement du produit, les caractéristiques et les plans de déploiement. Telenet aurait dû en informer l'Institut de façon concrète et spécifique, comme demandé.”

Dans sa lettre du 17 février 2010, Telenet ne réfute pas les faits énumérés par l'IBPT dans la lettre du 5 février 2010. La lettre du 17 février 2010 se limite en effet à l'énumération des adaptations que Telenet a apportées aux caractéristiques de produits entre la

communication du 1^{er} février 2010 à l'Institut et la présentation du 8 février 2010 à la presse. Il n'en reste pas moins qu'avant le 1^{er} février 2010, Telenet était déjà en mesure de transmettre à l'IBPT de plus amples informations sur les caractéristiques spécifiques de son produit, ses plans concernant le lancement du produit et son déploiement. En annexe, certains passages de la lettre de Telenet du 17 février 2010 en apportent la preuve. L'email interne du 27 janvier 2010 (Annexe 4 de la lettre de Telenet du 17 février 2010) indique par exemple : *“Pour le SBV6120E nous n'avons pas encore effectué les tests foudre. Nous les avons débutés aujourd'hui”*. Une telle formulation indique non seulement qu'un test a été effectué le 27 janvier 2010, mais également que d'autres tests ont été faits avant cette date sur d'autres modems, puisqu'il est incontestable que le “de SBV6120E” fait référence au Motorola SBV6120E SURFboard® EuroDOCSIS 3.0 Digital Voice Modem et que plusieurs modems ont dû être testés, sans quoi l'email en question n'aurait jamais contenu les mots « *pour le SBV6120E* » et « *pas encore* ». De tels tests ne peuvent être effectués sans définition préalable des produits à tester (ce qui nécessite forcément la définition préalable de caractéristiques de produits à tester) et sans que des modems de test appropriés aient été demandés et obtenus (ce qui implique forcément et préalablement une étude de marché, une enquête de marché et une procédure de commande et de livraison (au moins auprès de Motorola)).

Il est également incontestable que des tests ont été effectués chez Telenet avant le 1^{er} février et que des documents et plans y afférents existaient. Ceux-ci ont mené par la suite au lancement de leur nouveau produit Docsis 3.0 pour le marché, information que Telenet aurait dû communiquer à l'IBPT.

En conséquence, l'information transmise par Telenet le 25 décembre 2009 à l'IBPT était incomplète et inadéquate par rapport à l'information qui était déjà forcément connue de Telenet à ce moment-là. »¹

4.2.2. Point de vue de Telenet

a. Point de vue dans la lettre du 30 juin 2010

1. Telenet ne conteste pas le fait qu'elle n'ait pas répondu à la question sur les modems. Cette absence de réponse tient au fait que Telenet ne disposait pas encore d'informations suffisantes à la date du 25 décembre 2009 pour apporter une réponse correcte. Telenet déclare qu'elle avait clairement indiqué dans sa lettre que l'IBPT recevrait de plus amples renseignements dès que ces informations seraient disponibles. Selon Telenet, la remarque selon laquelle elle « a au moins communiqué une information insuffisante et donc incorrecte à l'IBPT » souscrit tout à fait à son attitude dans ce dossier. En effet, Telenet ne souhaitait pas procurer des informations incertaines à l'IBPT, ne fût-ce que pour éviter d'être accusée par la suite d'avoir donné des informations erronées à l'IBPT.

2. Quant aux réponses incomplètes aux autres questions, Telenet déclare qu'elle avait effectivement déjà réfléchi à une stratégie et un déploiement commercial de Docsis 3.0 avant le 25 décembre 2009, mais qu'elle ne disposait alors pas d'informations adéquates pour répondre aux questions concrètes de l'IBPT. Selon Telenet, le fait que, avant le 27 janvier 2010, les modems étaient en train d'être testés et que ces tests n'étaient certainement pas encore clôturés montre précisément que Telenet ne disposait pas encore de tous les éléments adéquats pour établir sa stratégie commerciale définitive. Les résultats définitifs des tests des modems sont en effet une condition sine qua non pour la définition des caractéristiques et la détermination finale d'un prix. Les tests devaient déterminer quelles vitesses et quels volumes

¹ Point V.2 de la lettre de l'IBPT du 17 juin 2010.

Telenet peut proposer en moyenne sur son réseau. En outre, une incertitude planait quant au choix final du modem (à cause de problèmes liés aux tests foudre). Selon Telenet, la détermination d'un prix ne pouvait être effectuée qu'après avoir obtenu tous ces renseignements (vitesse, volume et modem). Echange d'emails internes à l'appui, Telenet estime qu'il peut être établi que beaucoup de réunions ont eu lieu à ce sujet au cours des derniers jours et qu'une décision a effectivement dû être prise très rapidement.

b. Point de vue exprimé lors de l'audition du 20 juillet 2010

1. Au niveau des faits, Telenet précise ce qui suit concernant les tests effectués avec les nouveaux modems Docsis 3.0 :

- Lors du Q4 de 2009, quelques membres du personnel Telenet ont testé un modem Docsis 3.0 de Motorola.

- Lors de ces tests, Motorola² a fait savoir que les modems tests livrés n'étaient plus produits. En conséquence, une nouvelle version d'un modem Docsis 3.0 a été mise à la disposition des membres du personnel concernés afin d'être testée.

- Lors du test de la nouvelle version du modem Docsis 3.0, certains problèmes ont surgi: les modems ne résistaient pas au « test foudre » (haute tension passant à travers le modem). Les caractéristiques du modem ont donc subi des modifications.

Telenet indiquait qu'au moment de la réponse à l'IBPT, des tests étaient effectivement en cours sur des caractéristiques spécifiques et que des résultats partiels étaient connus. Cependant, les caractéristiques définitives n'étaient pas encore établies à ce moment-là et ne pouvaient donc pas se traduire en une offre retail. A cet égard, Telenet note également que les tests de modem qui étaient en cours à la date de la réponse à l'IBPT (25 décembre 2009) étaient les tests sur les modems qui n'étaient plus produits par Motorola. Telenet n'a pas estimé nécessaire de transmettre ces résultats de test partiels le 25 décembre 2009 et a trouvé indiqué de donner plus d'explications au régulateur une fois que tout était connu avec certitude.

Telenet répète que les caractéristiques et les prix définitifs n'ont été fixés qu'à la fin janvier 2010, et que des modifications ultérieures ont encore été apportées à sa nouvelle offre retail, à la suite des déclarations du Ministre Van Quickborne sur les limites de téléchargement lors de l'émission radio "Peeters & Pichal", diffusée le 2 février. Telenet se rend compte que ces modifications pourraient être perçues par un observateur externe comme une procédure de développement expéditive. Cependant, Telenet explique que l'approche de l'entreprise consiste justement à réagir et lancer des produits rapidement, sans consacrer de longs efforts à des considérations stratégiques.

3. Telenet a répondu à une question de l'IBPT que, lors de la réception de la demande d'information de l'IBPT (11 décembre 2009), le budget et les ressources (ex : au niveau du développement IT et du réseau) étaient définis de façon à commencer le déploiement d'Eurodocsis 3.0 en 2010. Telenet a néanmoins souligné que l'information demandée dans la lettre de l'IBPT était plutôt floue et a donc décidé de transmettre uniquement l'information sûre. Selon Telenet, aucune donnée concrète n'était connue à ce moment-là sur le déploiement commercial.

² Dans un e-mail du 23 juillet 2010, Telenet a précisé à l'IBPT qu'un accord cadre avait été conclu avec Motorola pour la commande de modems. Cet accord cadre comprend tant les modems Docsis 2.0 que Docsis 3.0. Selon Telenet, l'accord cadre permet de passer des commandes facilement et dans un court délai.

4.2.3. Appréciation par l'IBPT

a. Le fait de ne pas avoir répondu à la question concernant les modems

Telenet ne conteste pas qu'aucune réponse n'a été apportée le 25 décembre 2009³ à la question sur les modems.

La raison invoquée par Telenet dans ses remarques écrites du 30 juin 2010 (à savoir que Telenet ne possédait pas encore d'informations suffisantes à la date du 25 décembre 2009 pour donner une réponse correcte à l'IBPT) n'est pas reprise dans la réponse de Telenet à l'IBPT du 25 décembre 2009.

L'IBPT ne voit pas non plus où Telenet déclare dans sa lettre du 25 décembre 2009 qu'elle donnerait une réponse à l'IBPT dès que cette information est disponible. Dans sa réponse du 25 décembre 2009, Telenet n'a simplement pas mentionné les modems.

En outre, l'argument de Telenet, avancé lors de l'audition du 20 juillet 2010 et selon lequel Telenet trouvait indiqué de transmettre plus d'explications sur les modems à l'IBPT lorsque tout serait connu avec certitude, ne correspond pas aux faits. Telenet a répondu à cette question dans sa lettre du 17 février 2010. A ce moment, Telenet avait déjà annoncé publiquement le lancement de sa nouvelle offre Docsis 3.0 (ceci s'est produit le 8 février 2010; voir ci-dessous section 2.1).

La crainte de Telenet d'être accusée de donner des informations incorrectes si elle donnait des informations à l'IBPT dont elle n'était pas certaine, ne justifie pas le fait de ne pas répondre, en infraction avec les dispositions finales y afférentes.

Les arguments avancés par Telenet ne sont donc pas concluants pour justifier le fait de ne pas répondre à la question précise de l'IBPT.

b. La réponse incomplète aux autres questions de l'IBPT

Dans le cadre de ce dossier, Telenet a déclaré plusieurs fois que «*Telenet ne [souhaitait] pas donner des informations non fiables à l'IBPT*»⁴.

Ceci indique que Telenet était en possession d'informations à la date du 25 décembre 2009. Ces informations devaient être plus détaillées que celles envoyées à l'IBPT, puisque, sur la base des renseignements reçus par l'IBPT, il était impossible de lancer un nouveau produit dans les 25 jours ouvrables (aussi rapide que soit le processus décisionnel de Telenet).

L'IBPT comprend que certaines informations sont encore susceptibles d'être modifiées pendant une phase de test.

L'Institut estime cependant que les résultats définitifs des tests des modems importent uniquement pour établir définitivement les caractéristiques et les prix d'un produit, mais pas pour planifier la date de lancement d'un produit.

Telenet était certainement déjà occupée depuis longtemps à planifier le déploiement d'Eurodocsis 3.0, étant donné l'impact significatif sur les ressources et la capacité de réseau. Dans sa lettre du 30 juin 2010, Telenet admet avoir déjà réfléchi à la stratégie et au

³ Rappel : En posant cette question, l'IBPT souhaitait savoir « si tous les clients allaient d'office recevoir un nouveau modem ou s'ils allaient devoir en demander un eux-mêmes après le lancement de l'offre retail. »

⁴ Citation extraite de la lettre de Telenet du 30 juin 2010. Voir aussi par exemple le point 3 de la lettre du 17 février 2010.

déploiement commercial de Docsis 3.0 avant le 25 décembre 2009. La réponse à la question de l'IBPT lors de l'audition du 20 juillet 2010 en témoigne également: un budget et une planification au niveau IT et réseau étaient prévus pour 2010.

Des planifications au niveau du budget, de l'IT et des ressources réseau entraînent raisonnablement la fixation d'une date de déploiement. Telenet aurait dû transmettre cette date de déploiement à l'IBPT, ce qu'elle a manqué de faire⁵.

Quant aux autres questions (questions relatives au statut des préparations pour mettre EuroDOCSIS 3 en service et aux caractéristiques des produits retail), l'Institut estime que Telenet aurait dû transmettre à l'IBPT toutes les informations dont elle disposait à la date du 25 décembre 2009, ne fût-ce que sous réserve de modifications en fonction, par exemple, des résultats des tests de modems finals.⁶

Ce que Telenet n'a pas fait.

Comme cité ci-dessus, Telenet n'a rien mentionné dans sa réponse du 25 décembre 2009 sur les tests des modems en cours, bien que les résultats de ces tests étaient, selon les commentaires écrits de Telenet du 30 juin 2010, une « *condition sine qua non* » pour la détermination des caractéristiques au niveau de la vitesse et la limite de téléchargement, et, la fixation définitive des prix. Le fait de ne pas communiquer un facteur décisif pour la détermination des caractéristiques et des prix d'un nouveau produit retail dans une réponse à une question du régulateur à cet égard est signe de négligence et est inexcusable.

Il est dès lors établi que l'information transmise par Telenet le 25 décembre 2009 à l'IBPT était incomplète et inadéquate par rapport à l'information dont elle disposait déjà forcément à ce moment-là.

Telenet n'a donc pas répondu de manière appropriée à la demande d'information de l'IBPT dans sa lettre du 11 décembre 2009.

La remarque de Telenet déclarant que la lettre de l'IBPT était floue ne peut pas être prise en considération par l'IBPT. Comme déjà cité par l'IBPT dans sa lettre du 17 juin 2010⁷, Telenet n'a pas déclaré dans le délai de réponse que la demande qui lui était adressée manquait de clarté et n'a pas demandé à l'IBPT de clarifier l'objet de sa demande. Le fait de ne pas avoir demandé des explications et d'avoir répondu, à la place, en communiquant des informations qui se sont avérées insuffisantes et inadéquates à la suite d'une enquête, est le choix de Telenet. La conséquence de ce choix ne peut pas être opposable à l'IBPT.

En outre, l'Institut souligne⁸ à nouveau que la demande d'informations du 11 décembre 2009 indiquait clairement que la question posée était justifiée dans le cadre de la tâche qui incombe à l'IBPT dans le contexte de l'analyse de marché concernant les marchés d'accès large bande et que cette demande était fondée sur l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003, et qu'il devait être clair que la demande d'information avait été émise pour pouvoir mesurer l'impact de nouvelles offres retail sur les marchés d'accès large bande et sur les marchés de la radiodiffusion lors de la rédaction d'un document de consultation à cet égard, et pour, à partir

⁵ Dans une entreprise comme Telenet, travaillant dans un environnement concurrentiel dans lequel Telenet opère, une telle date cible ne peut raisonnablement pas être « dans le courant de l'année 2010 », tel qu'a répondu Telenet à l'IBPT. En outre, dans sa lettre du 11 décembre 2009, l'IBPT n'a pas demandé à Telenet de donner une date de lancement précise ; la question était en effet : « *Quand Telenet envisage-t-elle de lancer ce nouveau produit retail ?* » (souligné par l'IBPT)

⁶ Ces informations auraient alors été les informations complètes et correctes de ce moment-là.

⁷ Voir lettre de l'IBPT du 17 juin 2010, p.4

⁸ Voir lettre de l'IBPT du 17 juin 2010, p.4.

des données correctes, être en mesure de cerner l'évolution future de la concurrence sur ces marchés.

Par conséquent, l'Institut retient définitivement le grief communiqué par son courrier du 17 juin 2010.

4.3. DÉCISION CONCERNANT LE RESPECT DE L'ARTICLE 14, §2, 2° DE LA LOI DU 17 JANVIER 2003 ET DE L'ARTICLE 137 DE LA LOI DU 13 JUIN 2005

Sur la base des éléments qui précèdent, l'IBPT estime que Telenet n'a pas respecté **l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 et l'article 137 de la loi du 13 juin 2005** en n'ayant pas répondu (à la question sur les modems) ou répondu de façon incomplète (à d'autres questions) à une demande d'information de l'IBPT.

5. MOTIVATION DE L'IBPT CONCERNANT L'IMPOSITION DE L'AMENDE ET DÉTERMINATION DE SON MONTANT

5.1. MONTANT ENVISAGÉ POUR L'AMENDE ADMINISTRATIVE COMMUNIQUÉ À TELENET

Sur la base du projet de raisonnement, repris au point VI.2. de la lettre de l'IBPT du 17 juin 2010, l'IBPT a communiqué, conformément à l'article 21, §1er, de la loi du 17 janvier 2003, un montant envisagé pour l'amende administrative à Telenet de 12 500 euros.

5.2. POINT DE VUE DE TELENET CONCERNANT LE MONTANT ENVISAGÉ POUR L'AMENDE ADMINISTRATIVE

Dans sa lettre du 30 juin 2010, Telenet déclare considérer l'imposition d'une amende administrative comme une mesure non proportionnelle, sachant qu'elle n'a encore jamais fait l'objet d'une condamnation du régulateur.

Lors de l'audition du 20 juillet 2010, Telenet a insisté sur le fait qu'elle n'avait jamais eu l'intention de dissimuler des informations. Lors de l'audition, Telenet a également invoqué le fait qu'elle n'est pas encore habituée à répondre à des questions spécifiques de régulateurs.

5.3. MOTIVATION RELATIVE À L'IMPOSITION D'UNE AMENDE

L'Institut souligne à nouveau⁹ que la demande d'informations par un régulateur n'est pas un but en soi, mais un moyen d'atteindre les objectifs du cadre réglementaire par l'adoption de décisions de l'IBPT dans le cadre de ses compétences. Des informations sur des produits, des procédés, des planifications, etc. qui ne sont pas disponibles publiquement sont d'importance capitale pour le processus décisionnel de l'IBPT et l'exécution de ses missions légales. Le fait de ne pas répondre ou répondre de façon inappropriée aux questions de l'IBPT à cet égard gêne l'Institut dans l'exécution de ses missions légales.

Dans le cas présent, Telenet a ralenti le travail de l'IBPT et a induit en erreur l'IBPT pendant la durée de l'infraction en ce qui concernait l'évolution des produits de Telenet.

⁹ Voir lettre du 17 juin 2010, p.4

Il s'agissait, dans le cadre de l'analyse de marché concernant les marchés d'accès large bande et de la radiodiffusion, d'informations essentielles pour pouvoir mesurer l'impact de nouvelles offres retail lors de la rédaction du document de consultation à cet égard, et pour, à partir des données correctes, être en mesure de cerner l'évolution future de la concurrence sur ces marchés.

Vu ce qui précède et la prise en considération du grief qui forme une infraction à l'article 14 §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 et l'article 137 de la loi du 13 juin 2005, l'Institut estime que l'imposition d'une amende administrative à Telenet est justifiée.

5.4. MOTIVATION RELATIVE AU MONTANT DE L'AMENDE

5.4.1. En général

L'amende administrative peut, conformément à l'article 21, § 1er, de la loi du 17 janvier 2003, être de 5% au maximum du chiffre d'affaires de Telenet pendant l'année complète de référence la plus récente dans le secteur pour les communications électroniques.

La dernière année de référence complète est 2009.

Selon le rapport annuel 2009, Telenet a réalisé cette année-là un chiffre d'affaires total de 1 milliard et 197,4 millions d'euros :

Revenue EU GAAP - in € millions	Q4 2009	Q4 2008	Change %	FY 2009	FY 2008	Change %
Basic cable television ⁽¹⁾	82.2	79.8	+ 3%	322.3	244.3	+ 32%
Premium cable television ⁽²⁾	32.9	21.6	+ 52%	115.4	78.0	+ 48%
Distributors / Other ⁽³⁾	18.5	6.3	+ 192%	56.5	29.8	+ 90%
Residential broadband internet	103.3	95.5	+ 8%	402.0	375.1	+ 7%
Residential telephony	59.2	55.5	+ 7%	224.3	214.9	+ 4%
Business services	19.3	20.6	- 7%	76.9	76.8	+ 0%
Total Revenue	315.5	279.4	+ 13%	1,197.4	1,018.8	+ 18%
Organic revenue growth			+ 10%			+ 9%

Par conséquent, l'Institut peut imposer une amende administrative de maximum 59.870.000 euros (5 % du montant précité).

Toutefois, l'Institut considère qu'une amende maximale n'est ni proportionnelle, ni opportune.

Pour fixer le montant de l'amende administrative, l'Institut a tenu compte des éléments ci-dessous :

5.4.2. Principe de proportionnalité et chiffre d'affaires sur le marché concerné

Bien que l'article 21 renvoie au chiffre d'affaires obtenu dans l'ensemble du secteur des communications électroniques, il peut être justifié sur la base du principe de proportionnalité que le chiffre d'affaires pris en considération pour le calcul d'une pénalité, soit limité au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise dans la branche sur laquelle porte l'infraction.

L'Institut estime que dans le dossier actuel, il est possible et proportionnel de se baser, pour le calcul de la pénalité, sur le chiffre d'affaires réalisé sur un marché de domaine d'activités qui a été défini plus étroitement que le chiffre d'affaires réalisé par Telenet dans le secteur des communications électroniques en Belgique.

L'analyse de marché, pour laquelle l'information a été demandée, était l'analyse des marchés 4 et 5 (Recommandation de la Commission européenne de 2007) et l'analyse de marché 18 (Recommandation de la Commission européenne de 2003).

Cette analyse de marché prend pour point de départ les parts de marchés (et d'autres indicateurs) des ISP sur le marché résidentiel de l'accès large bande.

Le marché concerné est donc le marché résidentiel de l'accès large bande.

Pour ce marché, Telenet a enregistré selon le rapport annuel 2009, un chiffre d'affaires de 402 millions d'euros, soit un tiers du chiffre d'affaires total de Telenet en 2009.

5.4.3. Gravité de l'infraction

La gravité d'une infraction peut être jugée compte tenu de la nature de celle-ci et de la façon dont elle a un impact sur la réalisation des objectifs principaux visés par le cadre réglementaire : la promotion de la concurrence et la protection des intérêts des utilisateurs.

In abstracto, la nature de l'infraction est sérieuse.

Des informations sur des produits, des procédés, des planifications, etc. qui ne sont pas disponibles publiquement sont d'importance capitale pour le processus décisionnel de l'IBPT. En conséquence, ne pas fournir ou fournir des informations floues à cet égard gêne l'IBPT dans l'exécution de ses missions légales.

Ralentir le régulateur dans son travail et induire l'IBPT en erreur quant à l'évolution des produits de Telenet (voir point 5.3) ne peuvent pas être tolérés.

L'infraction (qui était également de durée limitée; voir point 5.4.4) n'a cependant pas porté atteinte à la concurrence ou aux intérêts des utilisateurs, notamment grâce à sa durée limitée.

5.4.4. Durée de l'infraction

L'infraction a finalement eu une durée assez limitée.

Concrètement, l'Institut a été privé d'informations sur la « politique des modems » de Telenet (question 2 de la lettre de l'IBPT du 11 décembre 2009) entre le 25 décembre 2009 et le 17 février 2010 (soit environ 8 semaines) et privé d'informations dans les réponses aux autres questions de la demande d'information entre le 25 décembre 2009 et le 1er février 2010 (soit environ 6 semaines).

5.4.5. Circonstances atténuantes

Aucun précédent de la même nature n'existe chez Telenet, malgré sa prétendue inexpérience à répondre aux questions spécifiques de régulateurs.

De plus, Telenet a tenu son engagement dans sa lettre du 25 décembre 2009 d'informer l'IBPT « dès qu'une décision commerciale et d'investissement plus claire serait prise », et a en tout cas informé l'IBPT avant la notification publique du lancement de ses nouveaux produits Internet de la date de lancement définitive et des caractéristiques des produits, de façon à ce que l'IBPT ne l'apprenne pas par la presse.

5.4.6. Nécessité de créer un effet de discipline

L'une des fonctions d'une amende consiste à forcer le contrevenant à mettre fin à l'infraction et/ou à ne pas récidiver, et à dissuader d'autres contrevenants éventuels d'adopter un comportement similaire.

Toutefois, l'IBPT a décidé d'imposer à Telenet une amende relativement limitée. Ce faisant, l'IBPT souhaite surtout lancer un signal clair en montrant que l'Institut ne tolère pas le fait que des informations ne soient pas fournies ou que des informations incomplètes ou incorrectes soient fournies.

5.5. DÉCISION CONCERNANT L'AMENDE

Vu les éléments qui précèdent, l'Institut estime justifié et proportionné d'imposer à Telenet une amende administrative de 12.500 euros (douze mille cinq cents euros).

6. DECISION

L'Institut belge des services postaux et des télécommunications,

vu l'article 14, §1er, 3°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges,

vu l'article 14, § 2, 2°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et l'article 137 de loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques,

vu l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges,

après avoir communiqué le 17 juin 2010, les griefs dont question à l'article 21, §1er, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, à Telenet, ainsi que le montant envisagé pour l'amende administrative d'un montant de 12 500 euros,

après avoir dûment entendu Telenet le 20 juillet 2010,

après avoir clôturé les débats le 23 juillet 2010,

1. constate que Telenet a commis une infraction à l'article 14, §2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 et à l'article 137 de la loi du 13 juin 2005;
2. impose pour cette raison et conformément à l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, une amende administrative à Telenet d'un montant de 12.500 (douze mille cinq cents) euros;
3. ce montant doit être payé dans les soixante jours de la réception de la présente décision en effectuant un virement sur le numéro de compte 679-0000771-92, IBAN: BE12 6790 0007 7192, BIC: PCHQ BEBB au nom de l'IBPT avec en communication « Telenet – amende administrative – demande d'information ».

7. NOTIFICATION ET PUBLICATION DE LA DÉCISION

En vertu de l'article 21, § 5, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, la présente décision est également communiquée au ministre et publiée sur le site Internet de l'Institut, sous réserve de confidentialité.

8. VOIES DE RECOURS

Conformément à l'article 2, § 1er, 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, Telenet a 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.

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.

A. Desmedt
Membre du Conseil

C. Cuveliez
Membre du Conseil

C. Rutten
Membre du Conseil

L. Hindryckx
Président du Conseil