

**REQUETE EN ANNULATION D'UNE DECISION PRISE PAR L'IBPT
(Loi du 17 janvier 2003, art. 2, §§ 1 à 4)**

**A MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET CONSEILLERS
COUR DES MARCHES DE BRUXELLES
COUR D'APPEL
Palais de Justice
Place Poelaert, 1
1000 BRUXELLES**

**VERSION NON CONFIDENTIELLE
(VERSION UNIQUE)**

A L'HONNEUR DE VOUS EXPOSER RESPECTUEUSEMENT :

La S.A. **3STARSNET**, dont le siège social est sis à 1200 BRUXELLES (WOLUWE-SAINT-LAMBERT), Gulledelle, 92, inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0.440.985.457, représentée par son conseil d'administration,

REQUERANTE,
DEMANDERESSE PREQUALIFIEE,

Ayant comme conseil :
Mr. Marc LOVENIERS, avocat à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock, 132,
(marc.loveniers@d-lawfirm.be)

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé l'« IBPT », organisme d'intérêt public dont le siège est sis à 1030 BRUXELLES, boulevard Albert II, Ellipse Building, 35,

DEFENDEUR PREQUALIFIE,

TABLE DES MATIERES

I.	DECISION DE L'IBPT contre laquelle le présent recours EN SUSPENSION est formé :	3
II.	LIEU, DATE ET HEURE DE L'AUDIENCE D'INTRODUCTION :	3
III.	CODE DE L'AFFAIRE.....	3
IV.	COMPETENCE <i>RATIONE MATERIAE RATIONE</i> DE LA COUR DE CEANS.....	3
V.	RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE – INTERET ET QUALITE DE LA REQUERANTE	3
VI.	OBJET DU PRESENT RECOURS	4
VII.	PRESENTATION DE LA REQUERANTE	4
VIII.	CADRE REGLEMENTAIRE GENERAL.....	9
A.	LES DIRECTIVES 2002/19/CE (« DIRECTIVE ACCÈS ») ET 2002/21/CE (« DIRECTIVE CADRE »)9	
B.	LES CRITÈRES D'ANALYSE DES MARCHÉS PERTINENTS DE TÉLÉPHONIE ET DE DÉTERMINATION DES OPÉRATEURS PUISSANTS.....	10
C.	LES RECOMMANDATIONS DES 17 DÉCEMBRE 2007 ET 9 OCTOBRE 2014 – LA CHARGE DE LA PREUVE	12
D.	LA LÉGISLATION BELGE.....	13
E.	L'ÉVOLUTION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE.....	14
IX.	LA DECISION ATTAQUEE ET LES DECISIONS ANTERIEURES.....	15
A.	LA PREMIÈRE DÉCISION DU 11 AOÛT 2006 – ANALYSE DU MARCHÉ DE LA TELEPHONIE FIXE (MARCHÉ DE DÉTAIL ET MARCHÉ DE GROS).....	15
B.	LA DEUXIÈME DÉCISION DU 31 JANVIER 2013 – MARCHÉ DE DÉTAIL D'ACCÈS	17
C.	LA TROISIÈME DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018 – MARCHÉ DE DÉTAIL ET MARCHÉ DE GROS	20
D.	EFFETS ET CONSEQUENCES DE LA DECISION DU 7 DÉCEMBRE 2018.....	29
E.	LE RECOURS DE LA REQUÉRANTE	30
F.	LA QUATRIÈME DÉCISION DU 9 JUILLET 2019 – LA DÉCISION ATTAQUÉE.....	31
X.	MOYENS DE LA REQUERANTE	32
A.	A TITRE LIMINAIRE – EFFETS DE LA DECISION DU 9 JUILLET 2019 PORTANT REFECTION.....	32
B.	ABSENCE DE MOTIVATION MATERIELLE (PREMIER MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE	32
C.	ABSENCE D'ACTUALISATION EFFECTIVE DES MESURES PREPARATOIRES – ABSENCE DE MOTIVATION MATERIELLE ET ATTEINTE AU DEVOIR DE MINUTIE – VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES (DEUXIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE	33
D.	ABSENCE D'ACTUALISATION EFFECTIVE DES MESURES PREPARATOIRES — VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES (TROISIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE.....	34
E.	VIOLATION D'UNE FORME SUBSTANTIELLE - ABSENCE DE NOTIFICATION ET DE CONSULTATION DE L'ORECE ET DES AUTRES REGULATEURS (QUATRIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018.....	35
F.	MECONNAISSANCE DES REGLES DE PREUVE POUR PROCEDER A LA DEREGULATION - ERREURS MANIFESTESTE D'APPRECIATION (CINQUIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018).....	36
G.	DÉFAUT DE MOTIVATION ET MAUVAIS USAGE DES COMPÉTENCES - ERREURS MANIFESTESTE D'APPRECIATION – MÉCONNAISSANCE DES DEVOIRS DE MINUTIE ET DE PRUDENCE (SIXIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)	39
H.	ABSENCE DE PROMOTION D'UNE CONCURRENCE DURABLE ET EFFICACE ET/OU AU PROFIT DU CONSOMMATEUR – DISCRIMINATION (SEPTIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)	41
I.	VIOLATION DU DEVOIR DE TRANSPARENCE ET D'IMPARTIALITE (HUITIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018).....	42

CE QUI SUIT :

I. DECISION DE L'IBPT CONTRE LAQUELLE LE PRÉSENT RECOURS EN SUSPENSION EST FORMÉ :

Décision du Conseil de l'IBPT du 9 juillet 2019 portant réfection de la décision du Conseil de l'IBPT du 7 décembre 2018 relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée, telle que mise en ligne sur le site de l'IBPT en date du 24 juillet 2019 (ci-après la « Décision Attaquée » ou la « Décision du 9 juillet 2019 ») (**pièce 1bis**).

II. LIEU, DATE ET HEURE DE L'AUDIENCE D'INTRODUCTION :

Cour d'appel BRUXELLES, section Cour des Marché, chambre 19 A, siégeant en son lieu habituel sis à 1000 BRUXELLES, Palais de Justice, place Poelaert, 1,
Salle _____,
Le _____,
A ____ heures.

III. CODE DE L'AFFAIRE

I.1.a.

IV. COMPETENCE *RATIONE MATERIAE* RATIONE DE LA COUR DE CEANS

La compétence *ratione materiae* de la Cour de céans est fondée sur l'article 2, § 1^{er}, 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 (loi « statut »).

V. RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE – INTERET ET QUALITE DE LA REQUERANTE

La S.A. 3 STARS NET, requérante et demanderesse préqualifiée (ci-après « 3STARSNET » ou la « requérante »), dispose de l'intérêt et de la qualité à agir, au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire, aux fins d'introduire le présent recours en suspension et en annulation.

3STARSNET est un opérateur fournissant des « services de communications électroniques », au sens de l'article 2, 5°, de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques (la « LCE »). 3STARSNET opère sur les deux marchés visés dans la Décision du 7 décembre 2018.

3STARSNET a, par ailleurs, formé le présent recours dans le délai imparti de 60 jours, qui est fixé par l'article 2, § 2, de la loi « statut » précitée du 17 janvier 2003.

VI. OBJET DU PRESENT RECOURS

Par voie de la présente requête, 3STARSNET demande à la Cour des Marchés de :

- Déclarer la présente requête recevable et fondée ;
- Ce fait :
 - o A titre principal : annuler la Décision Attaquée du 9 juillet 2019 en toutes ses dispositions ;
 - o A titre subsidiaire : annuler partiellement la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018 et qu'elle dérégule le marché de gros de départ d'appel vers des numéros non géographiques sur le réseau téléphonique public fixe ;
- En tout état de cause : condamner l'IBPT aux frais et aux dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure égale à 1.440,00 € ;

VII. PRESENTATION DE LA REQUERANTE

1. 3STARSNET est un opérateur de télécommunications alternatif belge, spécialisé dans le service à la clientèle des grandes entreprises, des grossistes, des PME et des consommateurs.

La requérante ne dispose que d'un réseau fixe, qui utilise notamment la téléphonie IP/Cloud (« VoIP »). Le réseau de la requérante repose sur une technologie de pointe qui a été développée en interne ainsi que sur une solution haut de gamme développée en partenariat unique avec un leader mondial en communications unifiées. Les services offerts par la requérante sont des « services de communications électroniques » au sens de l'article 2.c de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (la « Directive Cadre ») et de l'article 2, 5°, de la loi belge du 13 juin 2005 sur les communications électroniques (la « LCE »).

La requérante ne dispose d'aucun réseau mobile et n'est en mesure d'offrir qu'une formule « stand alone » (formule de téléphonie fixe) et non une formule « double », « triple play » ou « quadruple play » (formules incluant plusieurs services de communications électroniques distincts : téléphonie fixe, téléphone mobile, internet et télévision).

2. 3STARSNET est par ailleurs **le deuxième fournisseur belge (après PROXIMUS) en termes de part de marché de numéros non géographiques, servant de support aux « services à valeur ajoutée »** (autrement désignés sous l'acronyme « SVA », en français ou « VAS » en anglais).

Les termes « *services à valeur ajoutée* » désignent un ensemble de services accessibles par téléphone (fixe ou mobile) et identifiés par des séries spécifiques de numéros non géographiques (070, 0800, 090X) (les « *numéros surtaxés* »). Les services en question vont de la fourniture d'information (bulletin météorologique, bourse...), en passant par les réservations des billets pour des spectacles, des jeux, en passant par le télévoting, les concours, les quizz, ou les services destinés aux adultes, etc.¹

Les services VAS peuvent être de deux ordres :

- les services « *live* » nécessitant l'intervention d'une personne humaine (services d'aide (« *hotline* », « *helpdesk* » informatique, banques, entreprises diverses) ou de conseils téléphoniques, services de voyage, de prédictions d'avenir, d'horoscope, etc.) ;
- les services automatisés ou robotisés (tels que, par exemple, les services proposés sous la forme de messages préenregistrés ou pouvant être sélectionnés par l'appelant, les services de loterie ou de télévoting, les services de réponses automatisés ou robotisés, etc.) ;

Ces services VAS sont différents des autres services de communications téléphoniques (vers les numéros géographiques et mobiles), et notamment des services fixes de départ d'appel vers les numéros géographiques et mobiles et ce, par différents aspects.

- **Les clients des opérateurs actifs sur ce marché sont différents** des clients classiques. Il ne s'agit pas de consommateurs et d'entreprises qui souhaitent uniquement émettre et recevoir des appels téléphoniques interpersonnels. La clientèle sur ce marché est constituée des entreprises, des administrations, des prestataires de services qui mettent en place les VAS, qui fournissent des services/ « *live* » ou « *automatisés* » (contenus, applications, etc.) dont question ci-dessus. Cette clientèle est dénommée « *service providers* ».

C'est cette clientèle spécifique de « *service providers* » que les opérateurs tels que 3STARSNET, opérant sur le marché spécifique des VAS, recherchent et desservent.

- **La chaîne de valeur des VAS est également différente** de la chaîne de valeur des appels interpersonnels classiques.

La chaîne de valeur des VAS peut être présentée comme suit :



Comme précisé plus haut, les services VAS permettent à l'utilisateur final (« l'appelant ») d'accéder à des services (services au sens strict, applications ou contenus). L'accès à ces services est rémunéré au moyen d'un tarif plus élevé que les communications téléphoniques « classiques ». Ce tarif plus élevé (qui est plafonné soit par appel soit par minute d'appel pour des séries de numéros spécifiques) est facturé à l'appelant par l'opérateur de départ, pour tous les numéros surtaxés (excepté les 0800) ouverts auprès de l'opérateur d'arrivée.

Le tableau ci-dessous résume ainsi les tarifs applicables pour ces services surtaxés.

¹ Décision du 7 décembre 2018, § 349, **pièce 1**.

Numéros payants du type téléphone	
070	0,30 €/min.
0900	0,50 €/min.
0901	0,50€/appel
0902	1 €/min.
0903	1,50 €/min.
0904	2 €/min.
0905	2 €/appel
0906	1 €/min.
0907	2€/min.
0909	Flexible (par minute et/ou appel) mais max. 31 € par communication

(source : <http://www.telethicom.be/fr/questions-fréquentes/tarifs-maximums>)

Ce tarif surtaxé est destiné à rémunérer deux aspects :

- d'une part, le coût des communications proprement dit, qui est réparti entre les opérateurs qui interviennent dans la chaîne de valeur (départ d'appel, transit le cas échéant, terminaison d'appel) et,
- d'autre part, le coût de la prestation (service/application/contenu) fournie par le destinataire de l'appel, c'est-à-dire le « service provider » (ou en français (« l'éditeur de services » ou le « fournisseur de contenu »).

Cette chaîne de valeur est caractérisée par **une première particularité : les prestations de reversement financier entre les opérateurs (allant au-delà de la prestation technique de télécommunications)**. Cette chaîne de facturation appelle en effet, au niveau des marchés de gros entre l'opérateur de départ et l'opérateur d'arrivée, des prestations spécifiques de reversement financier. Ces prestations peuvent inclure, le cas échéant, une étape supplémentaire en cas de transit d'appel via un troisième opérateur de transit.

Une **deuxième particularité** tient au fait que les « **services providers** » **doivent s'assurer que leurs services soient accessibles à l'ensemble des appelants potentiels, quel que soit leur opérateur**. Cet accès conditionne le déploiement de leurs activités.

Cet accès aux VAS offerts par un éditeur de services n'est possible que si l'opérateur de l'utilisateur final est amené à fournir une prestation de gros de départ d'appel pour permettre à l'opérateur de cet éditeur de services de mettre en relation celui-ci et l'utilisateur final concerné.

Une **troisième particularité** de cette chaîne de valeur est **la rémunération des « service providers »**. Sauf pour le cas spécifique des appels vers les 0800 (dont le coût est supporté par les « service providers », destinataires de l'appel), les « service providers » sont rémunérés sur le prix facturé à l'appelant, après déduction des prestations de reversement financier des opérateurs. Les modalités tarifaires applicables à cette chaîne de valeur exercent ainsi un impact sur les revenus des « services providers ». Selon que les tarifs de détail facturés à l'appelant soient plus ou moins élevés (dans les paliers fixés), les revenus perçus par les « service providers » peuvent être plus ou moins élevés.

L'IBPT confirme, dans diverses décisions, les particularités du marché des VAS. A titre d'exemple, dans une décision récente du 20 novembre 2018, celui-ci écrivait que :

« Les services à valeur ajoutée relèvent d'une **autre logique économique** que celles des autres communications téléphoniques.

- 195.1. Un service (fourniture de renseignements, services destinés aux majeurs, réservation de places pour des événements, jeux, concours, quiz, etc.) est lié à l'appel.
- 195.2. Le prix de l'appel (supérieur à celui d'un appel vers un numéro géographique) couvre non seulement les coûts de télécommunications, mais aussi la prestation du fournisseur de services. Pour les appels 0800, les coûts sont supportés par le fournisseur de services qui exploite le numéro.
- 195.3 Pour les numéros 070, 090X et 0800, la logique d'interconnexion suivie diffère de celle d'application aux appels vers les numéros géographiques. Les prestataires de services souhaitent proposer leurs services aux clients de tous les opérateurs d'accès et souhaitent donc attirer un maximum d'appels entrants. A cet effet, les opérateurs qui hébergent des prestataires de services achètent des prestations de départ d'appel auprès des opérateurs dont les clients appellent des numéros 070, 090X ou 0800. Les opérateurs fixes se concurrencent pour héberger des prestataires de services sur leur réseau. Un fournisseur de services qui n'est pas satisfait de l'opérateur qui l'héberge peut passer chez un autre opérateur. »²

Cette logique économique radicalement différente explique que certaines autorités réglementaires nationales (les « ARN ») tiennent le marché des VAS pour un **marché distinct et spécifique**, qui fait l'objet d'une **réglementation distincte** (voir notamment les **pièces 9 à 12**).

3. Le secteur des VAS est en outre un secteur fortement réglementé.

Le déploiement des services de contenus est ainsi régi par diverses règles destinées à protéger l'utilisateur final en tant qu'appelant. Parmi ces règles, figurent entre autres les règles suivantes :

- *Le contenu obligatoire de toute publicité pour les VAS* : l'article 5 de l'arrêté royal du 12 décembre 2018 déterminant les obligations applicables en matière de fourniture de services payants, visées à l'article 116/1, § 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques précise le contenu minimal des informations publicitaires pour les VAS.
- *L'utilisation de grilles tarifaires transparentes et obligatoires* : l'article 50, § 2, de l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national et à l'attribution et au retrait des droits d'utilisation des numéros (également appelé « l'arrêté numérotation ») définit le préfixe obligatoire qui doit être utilisé pour fournir certaines catégories de VAS.
- *L'information préalable de l'utilisateur final lors de l'appel* : l'utilisateur final doit être, au préalable, informé du tarif applicable pour la fourniture de VAS déterminés. Cette information est fournie à l'utilisateur final par le message vocal obligatoire imposé par l'article 50, § 2, de l'arrêté royal du 27 avril 2007.
- Le « *call barring* », c'est-à-dire le blocage, à la demande des utilisateurs finaux, des appels vers certaines séries de numéros surtaxés. Cette possibilité est prévue à l'article 120 de la loi belge précitée du 13 juin 2005 et à l'article 2 de l'arrêté ministériel du 12 décembre 2005

² Décision du Conseil de l'IBPT du 20 novembre 2018 – Analyse du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée, consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/22663/FTR-2018_publicque_FR.pdf. Voy. également Décision du 7 décembre 2018, §§ 348-354 et Décision du Conseil de l'IBPT du 2 mars 2012 concernant l'analyse de marché du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique en position déterminée, p. 45, disponible sur <http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/telephonie-fixe/analyse-de-marche-services-de-terminaison-fixe-2012/decision-du-conseil-de-l-4367>.

déterminant les catégories des messages sortants et les catégories des numéros appelés dont le blocage doit être offert gratuitement aux utilisateurs finaux.

- *La limitation des coûts résultant des appels vers les numéros surtaxés* : l'utilisateur doit être protégé des conséquences financières d'une utilisation excessive des numéros surtaxés. Cette protection est réalisée par les deux moyens suivants : (i) par la facturation d'un montant maximal pour les appels réalisés vers les 0909, conformément à l'article 50, § 5, al. 6 (soit 31,00 € au maximum par appel) de l'arrêté précité du 27 avril 2007 ; ou (ii) par la fixation d'une durée maximale pour les appels réalisés vers les 090X, conformément à l'article 50, § 6 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 (le « *Forced Release* »). Ces deux moyens constituent ainsi des mesures de protection *a posteriori* des utilisateurs finaux des services de contenus.
- *L'utilisation obligatoire des préfixes 0906 et 0907 par défaut* pour les « *cas limites* » qui présentent une connotation « *érotique* » ou « *sexuelle* »

La protection de l'utilisateur final est renforcée par des règles de conduite applicables aux éditeurs de contenus et aux opérateurs ainsi que des mécanismes obligatoires de traitement des plaintes. Ces règles étaient contenues, antérieurement, dans l'arrêté royal du 9 février 2011 établissant le Code d'éthique pour les communications. Ces règles sont à présent énoncées aux articles 8 et 9 de l'arrêté royal du 12 décembre 2018 royal déterminant les obligations applicables en matière de fourniture de services payants, visées à l'article 116/1, § 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

L'utilisation des numéros surtaxés est ainsi **plus encadrée et plus réglementée** que l'utilisation d'autres moyens de communications électroniques, qu'il s'agisse des communications téléphoniques via les numéros géographiques ou des communications électroniques via l'internet.

4. Sur ce marché des VAS, la requérante intervient ainsi en qualité d'opérateur alternatif fixe :

- en réservant diverses séries de numéros surtaxés (préfixes 070, 090X, etc.) auprès de l'IBPT et
- en mettant à la disposition de ses clients, éditeurs de services ou « *service providers* », ces mêmes numéros surtaxés, et les services de télécommunications et les procédures de reversement financiers nécessaires, afin que ces dernières puissent offrir, directement ou indirectement, aux utilisateurs finaux des prestations de services diverses (services de contenus, en ce compris les applications).
- en ayant la compétence très spécifique, technique et commerciale, qui est nécessaire pour réussir à gagner des contrats sur ce marché très spécifique (ce que la requérante a réussi à faire, en devenant le deuxième opérateur sur ce marché très spécifique, après PROXIMUS, qui bénéficie d'avantages considérables, mais devant de grands opérateurs tels que TELENET, ORANGE).

Sur ce marché des VAS, la clientèle de la requérante n'est constituée que d'entreprises, belges ou étrangères. Les clients sont soit des « *services providers* » de VAS soit des intermédiaires commerciaux qui, à leur tour, mettent des numéros surtaxés à la disposition de leur propre clientèle (des courtiers ou des agrégateurs).

5. La requérante et ses filiales emploient 15 personnes en Belgique (en interne et en externe). La requérante peut être qualifiée de petite entreprise.

Elle peut être également considérée comme un challenger sur le marché belge des télécommunications. La requérante ne peut exister et se développer qu'en fournissant des services innovants et/ou plus abordables pour les clients que ceux de l'opérateur dominant sur le marché concerné, à savoir PROXIMUS.

VIII. CADRE REGLEMENTAIRE GENERAL³

A. LES DIRECTIVES 2002/19/CE (« DIRECTIVE ACCÈS ») ET 2002/21/CE (« DIRECTIVE CADRE »)

1. L'article 15 de la Directive 2002/21/CE (« Directive Cadre »)⁴ prévoit, entre autres, que la Commission européenne est chargée de recenser les marchés de services de communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires particulières. A cet effet, la Commission peut adopter des recommandations à destination des Etats membres.

Les articles 15.3. et 16.1. de la Directive Cadre prévoient, quant à eux, que les autorités réglementaires nationales (les « ARN ») sont chargées de réaliser des analyses de marchés « nationales » dans les marchés recensés dans les recommandations de la Commission européenne (ce que l'on désigne comme étant « les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales » et, en particulier « les marchés géographiques pertinents »).

La Directive Cadre opère une distinction entre le cas où l'analyse d'un marché révèle que ce marché est devenu concurrentiel ou qu'il n'est pas encore concurrentiel.

- Le premier cas de figure est régi par l'article 16.3. de la Directive Cadre. Dans ce cas de figure, lorsqu'une ARN conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées à l'article 16.2. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles s'appliquent déjà, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent. Les parties concernées par cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié.
- Le second cas de figure est régi par l'article 16.4. de la Directive Cadre. Suivant cette disposition, lorsqu'aux termes d'une analyse de marché « nationale », les ARN constatent qu'au sein d'un ou plusieurs marchés déterminés, il n'existe aucune concurrence effective, celles-ci désignent les opérateurs disposant d'une puissance significative sur ces mêmes marchés.

Suivant l'article 8.2. de la Directive 2002/19/CE (« Directive Accès »)⁵, ces « opérateurs puissants » peuvent se voir imposer par les ARN diverses obligations et mesures spécifiques qui sont décrites dans les articles 9 à 13 de la Directive Accès :

« Lorsqu'à la suite d'une analyse du marché effectuée conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre") un opérateur est désigné comme disposant d'une puissance significative sur un marché donné, les autorités réglementaires nationales lui imposent les obligations énumérées aux articles 9 à 13 de la présente directive, selon le cas. »

³ Ce cadre réglementaire est amené à être profondément modifié suite à l'adoption de la Directive (UE) 2018/1972 du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques, J.O., 17 décembre 2018.

⁴ La Directive Cadre a fait l'objet de diverses modifications introduites par les Règlements 717/2007 et 544/2009 ainsi que par la Directive 2009/140/CE. Le texte consolidé de la Directive Cadre est disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0021-20091219&qid=1486649840184&from=FR>. Dans la présente requête, il ne sera fait référence qu'au texte consolidé de la Directive Cadre.

⁵ La Directive Accès a fait l'objet de diverses modifications introduites par la Directive 2009/140/CE. Le texte consolidé de la Directive Cadre est disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0019-20091219&qid=1486650418482&from=FR>. Dans la présente requête, il ne sera fait référence qu'au texte consolidé de la Directive Accès.

L'article 13 de la Directive Accès prévoit, entre autres, que les ARN peuvent, dans ce cadre, prendre des mesures de contrôle des prix et imposer des obligations en matière de comptabilisation des coûts.

Suivant le considérant 20 de cette Directive Accès, l'imposition de telles mesures ou de telles obligations est destinée à garantir une concurrence efficace sur le marché considéré.

2. Les procédures d'analyse des marchés pertinents, de désignation des opérateurs puissants et d'imposition des mesures prévues par les articles 9 à 13 de la Directive Accès sont définies dans diverses autres dispositions.

Les objectifs de ces procédures sont, entre autres, d'assurer la transparence sur les marchés concernés par la régulation et de garantir, au niveau européen, la cohérence du marché des communications électroniques.

L'article 7.3. de la Directive Cadre énonce que toute « mesure » prise sur la base de l'article 8 de la Directive Accès – en ce compris, donc, les décisions de contrôle de prix – doit faire l'objet d'une **notification** à la Commission européenne, à l'Organe des Régulateurs Européens des Communications Electroniques (l' « ORECE ») et aux ARN des autres Etats membres. L'article 7.3. de la Directive Cadre énonce ainsi que :

« Sauf disposition contraire dans les recommandations ou les lignes directrices arrêtées conformément à l'article 7 ter au terme de la consultation visée à l'article 6, dans les cas où une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure qui :

- a) relève de l'article 15 ou 16 de la présente directive, ou de l'article 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»); et
- b) aurait des incidences sur les échanges entre les États membres,

elle met à disposition de la Commission, de l'ORECE et des autorités réglementaires nationales des autres États membres, simultanément, le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels la mesure est fondée, conformément à l'article 5, paragraphe 3, et en informe la Commission, l'ORECE et les autres autorités réglementaires nationales. Les autorités réglementaires nationales, l'ORECE et la Commission ne peuvent adresser des observations à l'autorité réglementaire nationale concernée que dans un délai d'un mois. Le délai d'un mois ne peut pas être prolongé. »

Les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la Directive Cadre ont par ailleurs fait l'objet d'une Recommandation de la Commission européenne du 15 octobre 2008 (la « *Recommandation du 15 octobre 2008* »).

L'obligation pour les ARN de notifier leurs projets de décisions à la Commission européenne et à l'ORECE et de tenir compte de l'avis de cet organe est quant à elle précisée à l'article 7.7. de la Directive Cadre. En ce qui concerne l'ORECE, elle est également rappelée à l'article 1.3. du Règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des Régulateurs Européens des Communications Electroniques (ORECE) ainsi que l'Office (le « *Règlement ORECE* »).

B. LES CRITÈRES D'ANALYSE DES MARCHÉS PERTINENTS DE TÉLÉPHONIE ET DE DÉTERMINATION DES OPÉRATEURS PUISSANTS

3. Les critères d'analyse et de définition des marchés pertinents et de détermination des opérateurs puissants, auxquels les mesures de contrôle des prix et les obligations en matière de comptabilisation des coûts peuvent être imposées ont été définis dans divers actes de la Commission européenne. Il s'agit, entre autres, des actes suivants :

- Les Lignes Directrices du 11 juillet 2002 sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance significative sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (les « *Lignes Directrices 2002* »);
- La Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (la « *Recommandation 2007* ») ;
- La Recommandation du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la Directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (la « *Recommandation du 9 octobre 2014* »);
- Les Lignes Directrices du 7 mai 2018 sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance significative sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (les « *Lignes Directrices 2018* »).

Dans leurs missions prévues dans les Directives Accès et Cadre, les ARN doivent tenir compte des critères et des méthodes définis par la Commission européenne.

S'agissant de l'analyse et de la définition du marché pertinent, l'on peut synthétiser les critères comme suit :

- Les ARN doivent procéder à une *analyse* du ou des marchés concernés, en se basant sur « *toute information recueillie ou constatation faite ainsi que sur les études et les rapports éventuellement commandités ou utilisés par les ARN* »⁶.
- Le point de départ d'une analyse de marché est l'appréciation des marchés de détails pertinents, compte tenu de la *substituabilité du côté de la demande* et de la *substituabilité du côté de l'offre*⁷.

Le critère de la substituabilité du côté de la demande est utilisé pour déterminer si et dans quelle mesure les consommateurs sont disposés à substituer d'autres services ou produits au service ou produit en question, en réaction à une hypothétique augmentation des prix relatifs légère mais significative et durable⁸.

Le critère de la substituabilité du côté de l'offre est utilisé pour déterminer si des fournisseurs autres que ceux qui offrent le produit ou le service en question réorienteraient, sans délai ou à court terme, leur production ou offriraient les produits ou les services en question sans encourir d'importants coûts supplémentaires⁹.

- Pour établir l'existence d'une éventuelle substituabilité du côté de la demande ou du côté de l'offre, les ARN peuvent, entre autres, se fonder sur la méthode dite du « *monopoleur hypothétique* ».

⁶ Lignes Directrices 2002, point 35.

⁷ Lignes Directrices 2018, point 26.

⁸ Lignes Directrices 2018, point 38.

⁹ Lignes Directrices 2002, point 19 ; Lignes Directrices 2018, point 28.

- Lorsqu'un marché de produits ou de services a été identifié, les ARN doivent ensuite définir sa dimension géographique. Le marché géographique en cause peut être défini comme le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans la fourniture ou la demande de produits et de services en cause, où elles sont exposées à des conditions de concurrence suffisamment homogènes et qui se distinguent des territoires voisins sur lesquels les conditions de concurrence sont significativement différentes¹⁰.

C. LES RECOMMANDATIONS DES 17 DÉCEMBRE 2007 ET 9 OCTOBRE 2014 – LA CHARGE DE LA PREUVE

4. Le **17 décembre 2007**, la Commission européenne a adopté la Recommandation 2007. Cette Recommandation recensait les marchés de produits et de services de communications électroniques qui pouvaient faire l'objet d'une régulation *ex ante*, conformément à l'article 15.1 de la Directive Cadre.

La Recommandation 2007 énonce les principes suivants :

- Les ARN sont invités à analyser divers marchés de produits et de services énumérés en annexe de cette Recommandation. Ces marchés incluent, entre autres, les deux marchés visés par la Décision du 7 décembre 2018 :
 - o *Marché 1 : Marché de détail* - Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle.
 - o *Marché 2 : Marchés de gros* - Départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.
- Lorsqu'elles recensent les autres marchés, qui ne sont pas repris dans cette annexe, les ARN doivent s'assurer que les trois critères suivants sont remplis « *en même temps* », pour décider si ces autres marchés peuvent être soumis à une régulation *ex ante* :
 - o la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ;
 - o une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée ;
 - o l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

5. La Recommandation du 17 décembre 2007 a été remplacée par la Recommandation du 9 octobre 2014 (« *la Recommandation 2014* »).

- Cette Recommandation 2014 ôte les deux marchés visés dans la Décision du 7 décembre 2018 de la liste des marchés de produits et de services qui doivent être analysés.
- Cette Recommandation reprend, pour le reste, les mêmes principes que ceux énoncés dans la Recommandation 2007. Elle reprend, plus précisément, les trois critères cumulatifs énoncés dans la Recommandation 2007 pour maintenir une éventuelle régulation *ex ante*.

¹⁰ Lignes Directrices 2018, point 48.

- Cette Recommandation ajoute cependant quelques précisions.
 - o Premièrement, l'analyse des marchés de produits ou de services, qu'ils soient ou non expressément visés par la Recommandation, fera l'objet d'une vérification par la Commission européenne¹¹.
 - o Deuxièmement, dans la mesure où les trois critères énoncés pour maintenir éventuellement la régulation *ex ante* des marchés de produits ou de services non expressément visés sont cumulatifs, les ARN doivent démontrer qu'au moins l'un de ces trois critères n'est pas rempli pour un marché pour déréguler ces marchés¹².
6. Par ailleurs, la Recommandation du 9 octobre 2014 précise des éléments importants quant à la charge de la preuve. C'est en effet aux ARN qu'il revient de démontrer que l'un des critères n'est pas rempli. Le point 3 de ladite recommandation précise ainsi que :

« Lorsqu'elles considèrent que l'un des marchés énumérés en annexe n'est pas susceptible d'être soumis à une réglementation *ex ante* dans les circonstances nationales spécifiques, **les autorités réglementaires nationales doivent démontrer** — et la Commission vérifiera — **qu'au moins un des trois critères visés au point 2 n'est pas rempli.** »

Le considérant 15 précise en outre que, si les ARN entendent démontrer que le deuxième critère n'est pas rempli, celles-ci doivent se fonder sur des preuves manifestes :

« Même lorsqu'un marché est caractérisé par des barrières élevées à l'entrée, d'autres facteurs structurels peuvent avoir pour effet que le marché tende quand même à devenir effectivement concurrentiel dans un délai déterminé. Tendre à évoluer vers une concurrence effective signifie que le marché sera en situation de concurrence effective sans réglementation *ex ante* au cours de la période de référence, ou après cette période **à condition que des preuves manifestes d'une dynamique favorable sur le marché soient recueillies au cours de la période de référence.** La dynamique du marché peut procéder, par exemple, d'évolutions technologiques ou de la convergence de produits et de marchés, qui peut donner lieu à des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts. C'est aussi le cas des marchés comprenant un nombre limité, mais suffisant, d'entreprises qui se distinguent par leur structure de coûts et répondent à une demande élastique par rapport au prix. Il peut également arriver qu'un excédent de capacités sur un marché encourage des entreprises rivales à augmenter très rapidement leur production à chaque hausse de prix. Sur ces marchés, on peut observer une variation dans le temps des parts de marché et/ou des baisses de prix. »

En d'autres termes :

- Les ARN supportent la charge de la preuve de ce que l'un des trois critères au moins n'est pas ou n'est plus rempli, pour déréguler un marché ;
- Les ARN doivent apporter des preuves manifestes d'une dynamique favorable du marché tendant vers une concurrence effective.

D. LA LÉGISLATION BELGE

7. Les Directives Accès et Cadre précitées ont été transposées dans la législation belge par différents textes. Le texte de référence est la LCE précitée.
- L'article 54 de la LCE dispose que :

¹¹ Points 2 et 3 de la Recommandation 2014.

¹² Point 3, Recommandation 2014.

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

- L'article 55 définit la procédure que l'IBPT doit suivre pour procéder à l'analyse de marché « nationale » et désigner les opérateurs disposant d'une puissance significative sur ce marché.

L'article 55, § 1^{er}, précise que l'analyse de marché doit être réalisée en tenant le plus possible compte des Recommandations et des Lignes Directrices de la Commission européenne et en appliquant les procédures de publication et de consultation prévues aux articles 140 à 143/1 de la LCE. Dans ce cadre, l'IBPT doit consulter la Commission européenne et l'ORECE, conformément à l'article 141, § 1^{er}, 1^{er}, de la LCE.

L'article 55, § 4, de la LCE prévoit en outre que l'IBPT doit soumettre, en vue d'une concertation préalable, ses projets de décision à l'Autorité Belge de la Concurrence.

Enfin, si l'IBPT conclut, au terme de cette procédure de concertation, qu'un marché est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations visées aux articles 58 à 65/1 de la LCE, à savoir les obligations de non-discrimination, de transparence, de séparation comptable et de contrôle des prix

- Les articles 57 et suivants de la LCE énoncent les diverses mesures que l'IBPT peut prendre à l'égard des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent. L'article 62 de la LCE traite spécifiquement de la mesure de contrôle des prix.

8. Les dispositions précitées de la LCE imposent ainsi à l'IBPT de prendre en considération les critères et les conditions fixées par les Directives et Recommandations communautaires précitées.

Concrètement, cela signifie que si l'IBPT entend procéder à la dérégulation d'un marché considéré, il doit procéder à une analyse de marché conforme à ces critères et conditions et démontrer qu'au moins l'un des trois critères définis dans les Recommandations de 2007 et de 2014 ne sont plus réunis.

Plus particulièrement, si l'IBPT entend démontrer que le marché tend à devenir concurrentiel, il doit apporter des preuves manifestes.

E. L'ÉVOLUTION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE

9. Le **4 décembre 2018**, le Conseil de l'UE a officiellement adopté la directive établissant le code des communications électroniques européen (le « CCEE »). Cette directive a été publiée au Journal Officiel le 17 décembre 2018¹³. Le CCEE doit être transposé au plus tard le 21 décembre 2020 par les Etats membres de l'Union européenne. Le CCEE abrogera, à cette date, les Directives Cadre et Accès¹⁴.

L'article 67 de ce nouveau code décrit la procédure d'analyse de marchés. L'article 67.1. dispose :

¹³ La Directive (UE) 2018/1972 du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques, *J.O.*, 17 décembre 2018, consultable sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972&from=EN>.

¹⁴ Art. 125.

« Les autorités de régulation nationales déterminent si un marché pertinent défini conformément à l'article 64, paragraphe 3, est tel qu'il justifie l'imposition des obligations réglementaires énoncées dans la présente directive. Les États membres veillent à ce qu'une analyse soit effectuée, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence. Les autorités de régulation nationales tiennent le plus grand compte des lignes directrices sur la PSM et suivent les procédures visées aux articles 23 et 32 lorsqu'elles procèdent à cette analyse.

Un marché peut être considéré comme justifiant l'imposition d'obligations réglementaires énoncées dans la présente directive si tous les critères suivants sont remplis :

- a) il existe des obstacles à l'entrée importants et non transitoires d'ordre structurel, juridique ou réglementaire;
- b) la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une concurrence effective au cours de la période visée, compte tenu de la situation de la concurrence fondée sur les infrastructures et d'autres facteurs influant sur la concurrence, indépendamment des obstacles à l'entrée;
- c) le droit de la concurrence ne permet pas à lui seul de remédier de manière adéquate aux défaillances du marché constatées.

Lorsqu'une autorité de régulation nationale procède à une analyse d'un marché figurant dans la recommandation, elle considère qu'il a été satisfait au deuxième alinéa, points a), b) et c), à moins qu'elle ne détermine qu'un ou plusieurs de ces critères ne sont pas remplis dans les circonstances nationales spécifiques. »

L'article 67.3. énonce :

« Lorsqu'une autorité de régulation nationale conclut qu'un marché pertinent ne justifie pas l'imposition d'obligations réglementaires conformément à la procédure prévue aux paragraphes 1 et 2 du présent article, ou lorsque les conditions énoncées au paragraphe 4 du présent article ne sont pas remplies, elle n'impose ni ne maintient aucune obligation réglementaire spécifique conformément à l'article 68. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles spécifiques sont déjà imposées conformément à l'article 68, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent.

Les autorités de régulation nationales veillent à ce que les parties concernées par ce retrait d'obligations bénéficient d'une période de préavis appropriée, établie en recherchant un équilibre entre la nécessité d'assurer une transition durable pour les bénéficiaires de ces obligations et les utilisateurs finaux, le choix des utilisateurs finaux, et la nécessité de ne pas maintenir la régulation plus longtemps que nécessaire. Lorsqu'elles fixent la durée de cette période de préavis, les autorités de régulation nationales peuvent fixer des conditions et des périodes de préavis spécifiques en ce qui concerne les accords existants en matière d'accès. »

IX. LA DECISION ATTAQUEE ET LES DECISIONS ANTERIEURES

A. LA PREMIÈRE DÉCISION DU 11 AOÛT 2006 – ANALYSE DU MARCHÉ DE LA TELEPHONIE FIXE (MARCHÉ DE DÉTAIL ET MARCHÉ DE GROS)

10. Le **11 août 2006**, le Conseil de l'IBPT a adopté une première décision (la « *Décision du 11 août 2006* ») relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « Téléphonie Fixe ». Cette décision porte, entre autres, sur le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée ainsi que sur le marché de gros du départ d'appel (**pièce 4**)

L'analyse de marché réalisée par l'IBPT, à cette époque, met en évidence la position dominante de BELGACOM (PROXIMUS) sur ces deux marchés. BELGACOM (PROXIMUS) est considérée comme le seul opérateur puissant (« PSM »).

Cette analyse de marché relève en outre que *le marché de détail d'accès* connaît d'importants obstacles à une libre concurrence :

« Selon l'Institut, quatre problèmes peuvent se produire plus spécifiquement sur le marché de détail :

- l'opérateur puissant peut pratiquer des prix excessifs
- l'opérateur puissant peut pratiquer des prix d'éviction qui visent à entraver l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché ou à détériorer la situation des concurrents
- l'opérateur puissant peut favoriser dans ses conditions de services certains utilisateurs par exemple sur les sections du marché où la concurrence est bien développée au détriment d'autres utilisateurs qui se trouvent donc pénalisés
- l'opérateur puissant peut chercher à grouper des produits d'une manière qui n'est pas duplicable par ses concurrents dans une manière qui fausse la concurrence.

(...)

Toutefois, les remèdes de gros imposés dans le cadre des analyses des marchés du départ d'appel, de la terminaison d'appel, et du transit sont insuffisants pour assurer une concurrence effective sur les marchés de détail et ne protègent pas les consommateurs contre les comportements de l'opérateur puissant. Si la réglementation des services de départ d'appel ou des services de terminaison d'appel fournis aux opérateurs alternatifs leur permet de fournir des services téléphoniques, elle ne constitue pas pour autant un remède efficace pour d'autres comportements potentiels de l'opérateur puissant. En particulier :

- Les remèdes de gros ne garantissent pas l'absence de couplage abusif de produits, alors que Belgacom dispose d'une gamme de services plus étendue que la plupart de ses concurrents (avec en outre une position de puissance sur les marchés de plusieurs de ces services).
- Les remèdes de gros ne garantissent pas l'absence de prix prédateurs ou de prix ciseaux ou de préférences abusives au profit de certains utilisateurs finals sur les marchés de détail par l'opérateur puissant. L'IBPT se réfère à titre d'exemple aux plaintes déposées par des opérateurs alternatifs (soit auprès de l'IBPT, soit auprès des autorités en charge de la concurrence) concernant les plans tarifaires Benefit Excellence et Happy Time de Belgacom. Sans se prononcer ici sur ces offres, l'Institut estime qu'il existe un risque réel que des offres comportant des prix prédateurs soient introduites, et qu'il faut en tenir compte dans l'élaboration de remèdes appropriés.
- Les risques de subventions croisées anticoncurrentielles ne peuvent pas non plus être écartés, quand bien même Belgacom est soumise à une obligation de séparation comptable. Jusqu'ici en effet, l'implémentation faite par Belgacom de son obligation de séparation comptable n'a pas permis à l'Institut de se prononcer avec certitude sur l'absence de subventions croisées anticoncurrentielles (voir à ce sujet le projet de décision du Conseil de l'IBPT concernant le rapport financier séparé de Belgacom pour l'année 2002, soumis à consultation le 17 juin 2005).
- Belgacom pourrait être incitée à pratiquer des tarifs anormalement hauts en refusant de répercuter sur les clients finals les baisses de tarifs de terminaison sur les réseaux d'opérateurs tiers, privant les clients de l'effet bénéfique pour les consommateurs et des mesures imposées par l'IBPT sur les marchés de terminaison fixe (marché 9) et mobile (marché 16). Belgacom pourrait également appliquer des surtaxes ou tarifs discriminatoires qui pénaliseraient des appels vers certains abonnés d'opérateurs tiers et qui ne seraient pas justifiés par le niveau des tarifs de terminaison de ces opérateurs.

Compte tenu des comportements anticoncurrentiels que l'opérateur puissant sur les marchés de détail est susceptible d'adopter et de l'insuffisance des obligations au niveau des marchés de gros pour y remédier, l'IBPT décide d'imposer certains remèdes de détail additionnels aux obligations déjà en vigueur dans le cadre du service universel. »¹⁵

Cette analyse de marché révèle également que *le marché de gros du départ d'appel* connaît aussi d'importants obstacles à la libre concurrence.

¹⁵ Décision du 11 août 2006, pp. 105 et suivantes.

« Le problème principal identifié lors de l'analyse de marché est la présence de barrières à l'entrée élevée que constitue l'investissement nécessaire pour dupliquer le réseau très capillaire et étendu de l'opérateur historique, créé lors d'une époque où l'opérateur bénéficiait de droits exclusifs. Imposer à l'opérateur puissant l'obligation d'offrir des services de gros aux opérateurs alternatifs est donc nécessaire pour permettre le développement d'une concurrence au niveau des services qui apportera aux utilisateurs finals un choix satisfaisant de services concurrentiels, tout en promouvant l'investissement efficace et l'innovation par les concurrents de l'opérateur puissant. Lors de l'accès au réseau de l'opérateur puissant, les opérateurs alternatifs risquent de rencontrer les problèmes suivants :

- refus d'accorder l'accès et l'interconnexion, ou retrait de l'accès,
- emploi discriminatoire des ressources du réseau de l'opérateur historique et réticence d'échanges d'informations
- des retards injustifiés dans la négociation ou la livraison
- conditions de fourniture injustifiées
- utilisation des prix anticoncurrentiels
- discrimination qualitative
- couplage de services de manière injustifiée
- utilisation illégitime d'informations concernant les concurrents. »¹⁶

Par cette première décision, l'IBPT impose à BELGACOM (PROXIMUS) diverses obligations pour réguler le *marché de gros du départ d'appel*, notamment ces obligations suivantes :

- Une obligation de faire droit aux demandes raisonnables en matière d'*accès* et d'*interconnexion* nécessaires au départ d'appel pour la fourniture au détail d'opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base, de services de données, de services VPN, **de services à valeur ajoutée (VAS)** et de services utilisant des numéros 0797 ;
- Une *obligation de non-discrimination*, qui consiste à proposer à l'ensemble des opérateurs alternatifs les mêmes prestations de départ d'appel que celles que PROXIMUS utilise elle-même, dans des conditions tarifaires et techniques non discriminatoires ;
- Une *obligation de transparence*, imposant à PROXIMUS de publier une offre de référence concernant les prestations d'accès nécessaires à la fourniture par les opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base (en sélection et la présélection), de services de données, de services VPN, **de services à valeur ajoutée**, de services utilisant des numéros 0797 ;
- Une *obligation de contrôle des prix*, imposant à PROXIMUS de soumettre à l'IBPT, pour autorisation préalable, les tarifs applicables à ces services de gros.

B. LA DEUXIÈME DÉCISION DU 31 JANVIER 2013 – MARCHÉ DE DÉTAIL D'ACCÈS

11. Le **31 janvier 2013**, l'IBPT a adopté une deuxième décision (la « *Décision du 31 janvier 2013* ») relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le Marché 1 de la liste de la Recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007 (**pièce 5**).

Cette Décision vise, en d'autres termes, *le marché de détail d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle. Elle ne porte pas sur le marché de gros de départ d'appel, visé dans la Décision du 11 août 2006.*

¹⁶ Décision du 11 août 2006, pp. 148-149.

12. Dans le cadre de l'analyse de marché, l'IBPT relève que *le marché de détail concerné n'est pas pleinement concurrentiel.*

- « 5:12 Il ressort de l'analyse de la concurrence que les marchés à faible et haute capacité se caractérisent par d'importantes parts de marché de BELGACOM, une forte concentration et l'existence de barrières à l'entrée.
- 5:13 Afin de favoriser la concurrence sur les marchés en question et donc de remédier aux problèmes rencontrés sur ces marchés, il convient de mettre en place des services de gros appropriés en amont. Les investissements nécessaires pour dupliquer le réseau d'accès capillaire et étendu de l'opérateur historique constituent en effet une barrière à l'adhésion élevée. Imposer l'obligation à l'entreprise d'offrir des services de gros à d'autres opérateurs de réseau est donc nécessaire pour permettre le développement de la concurrence afin que les utilisateurs finals aient un choix suffisamment large parmi les services concurrents et que les concurrents de l'opérateur historique aient la possibilité d'innover et d'investir.
- 5:14 Concernant ces marchés de détail, il s'agit de fournir le CS/CPS au niveau de gros sur les réseaux téléphoniques publics en position déterminée. Pour obtenir les prestations nécessaires au CS/CPS, les opérateurs de réseau alternatifs peuvent être confrontés aux problèmes suivants :
 - 5:14.1 un refus d'accorder l'accès et l'interconnexion, ou un retrait de l'accès ;
 - 5:14.2 utilisation discriminatoire et rétention d'information ;
 - 5:14.3 tactiques de ralentissement ;
 - 5:14.4 des conditions de fourniture injustifiées ;
 - 5:14.5 application de prix anticoncurrentiels ;
 - 5:14.6 discrimination qualitative ;
 - 5:14.7 groupement injustifié de services ;
 - 5:14.8 l'utilisation illégitime d'informations concernant les concurrents.
- 5:15 Les opérateurs de réseau alternatifs qui souhaitent offrir un accès sécurisé à des clients non résidentiels de grande taille avec numéros portés doivent pouvoir dupliquer l'accès sécurisé que Belgacom offre à ses grands clients non résidentiels. Si l'analyse du numéro porté s'effectue dans un central local, l'indisponibilité de ce central engendre également l'indisponibilité du client concerné. Pour ses propres clients, Belgacom a développé un accès sécurisé où le client concerné est associé à deux centraux locaux et où l'analyse du numéro s'effectue dans deux centraux de transit supérieurs.
- 5:16 Un certain nombre de problèmes peuvent évidemment se poser aussi sur les marchés de détail.
- 5:17 En comparaison des tarifs de gros facturés, le fournisseur dominant peut demander des prix trop bas sur les segments de marché où la concurrence est plus forte, de sorte que les concurrents éprouvent davantage de difficultés à acquérir ou même à conserver une part de marché plus grande. Dans une situation de ciseaux tarifaires, la duplicabilité des offres de l'opérateur PSM à l'aide des offres de gros, dont c'est justement la raison d'être, est impossible.
- 5:18 Le prestataire dominant peut offrir à certains utilisateurs un prix plus favorable au détriment d'autres utilisateurs finals. Le prestataire dominant pourrait avantager les clients sur un marché plus concurrentiel au détriment des clients présents sur un marché moins concurrentiel. Il pourrait appliquer des tarifs supérieurs sur les segments où il a pratiquement un monopole (le marché ISDN) pour pouvoir baisser les tarifs sur les segments de marché où il subit plus de concurrence comme le marché ISDN-30.
- 5:19 Ce privilège injustifié accordé à certains utilisateurs finals peut également prendre la forme d'un service moindre. Lors du raccordement ou de dépannages, le prestataire dominant peut donner la préférence aux clients sur les segments de marché concurrents au détriment de clients qui n'ont pas la possibilité ou ne sont pas enclins à passer aux fournisseurs d'accès alternatifs.

5:20 Le fournisseur dominant peut utiliser sa position dominante sur ce marché pour également obtenir ou renforcer une position dominante sur d'autres marchés. Les marchés de services téléphoniques en sont un exemple évident. »

13. Sur la base de ce constat, l'IBPT va imposer diverses obligations à PROXIMUS (BELGACOM), en tant qu'opérateur puissant (« PSM ») sur le marché. Il s'agit, entre autres, des obligations suivantes :

- Des obligations d'*accès* et d'*interconnexion*, notamment en matière de sélection et de présélection d'opérateur ; ces obligations comprennent les obligations de négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent des prestations en matière d'accès et d'interconnexion pour la fourniture de la sélection et présélection de l'opérateur, les obligations de proposer une offre de colocalisation et d'autres formes de partage des ressources et les obligations de ne pas retirer l'accès et/ou l'interconnexion déjà accordé(e) sans préavis raisonnable¹⁷ ;
- Une obligation de *non-discrimination*, qui signifie que, « dans des circonstances analogues », l'opérateur puissant PROXIMUS doit « appliquer à l'ensemble des opérateurs tiers qui demandent des prestations pour la sélection et la présélection de l'opérateur » des conditions qualitatives et quantitatives analogues à celles qu'elle s'applique à elle-même, de sorte que la division retail de PROXIMUS ne puisse pas avantager ses propres clients »¹⁸
- Une obligation de *transparence*, imposant à PROXIMUS de publier une offre de référence précisant les conditions techniques et tarifaires associées au départ d'appel, les services de colocalisation et les conditions de livraison¹⁹ ;
- Une obligation d'*information* à destination de l'IBPT, imposant à PROXIMUS de communiquer à l'IBPT ses accords avec les opérateurs alternatifs en matière d'accès et d'interconnexion²⁰, cela afin de garantir l'application effective de l'obligation de non-discrimination²¹ ;
- Une obligation de *publier des indicateurs de qualité des services* (« KPI » ou « Key Performance Indicators ») ;
- Une obligation de *transparence relative à l'évolution du réseau* de PROXIMUS²², afin de permettre aux opérateurs alternatifs d'adapter leur modèle commercial aux évolutions techniques du réseau²³ ;
- Une obligation de *séparation comptable* ;
- Une obligation de *contrôle des prix*, imposant à PROXIMUS de pratiquer des prix orientés sur les coûts pour les prestations relatives à la (pré)sélection de l'opérateur et pour le service relatif au routage au niveau A-AGE pour les numéros sécurisés ; cette obligation vaut tant pour le marché des raccordements à faible capacité que pour le marché des raccordements à haute capacité²⁴ ;

Cette décision est entrée en vigueur le **1^{er} mars 2013**.

Elle précise qu'elle restera en vigueur jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision concernant le marché de détail concerné²⁵.

¹⁷ Décision du 31 janvier 2013, § 5.25.

¹⁸ Décision du 31 janvier 2013, § 5.78.

¹⁹ Décision du 31 janvier 2013, § 5.95.

²⁰ Décision du 31 janvier 2013, § 5.101.

²¹ Décision du 31 janvier 2013, § 5.103.

²² Décision du 31 janvier 2013, § 5.123.

²³ Décision du 31 janvier 2013, § 5.131.

²⁴ Décision du 31 janvier 2013, § 5.150.

²⁵ Décision du 31 janvier 2013, § 6.21.

C. LA TROISIÈME DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018 – MARCHÉ DE DÉTAIL ET MARCHÉ DE GROS

14. Le **27 décembre 2017**, l'IBPT a publié un projet de décision relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et relative au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (**pièce 2**).

Ce projet de décision a pour but d'analyser les deux marchés suivants et d'examiner s'il y a lieu, le cas échéant, de maintenir, de modifier ou de lever les obligations imposées à BELGACOM (PROXIMUS) par les deux décisions du 11 août 2006 et du 31 janvier 2013.

- Aux chapitres 6 et 7, l'IBPT analyse les tendances sur le marché de la téléphonie fixe et définit le **marché de détail pertinent** comme étant le **marché des raccordements téléphoniques**²⁶.

Au chapitre 6, l'IBPT examine l'évolution du marché de la téléphonie fixe. Étonnamment, le projet de décision ne fait aucune distinction entre les services de téléphonie fixe vers les numéros géographiques (CS/CPS) et les services de téléphonie fixe vers les numéros non géographiques. L'analyse de l'IBPT ne porte en réalité que sur l'évolution du nombre de lignes CS/CPS (numéros géographiques)²⁷, sur l'évolution des prix de la téléphonie fixe (incluant une analyse des offres tarifaires groupées)²⁸.

Au chapitre 7, l'IBPT n'examine pas non plus les spécificités du marché de détail des VAS. La définition du marché de détail pertinent suivant les critères de substituabilité de l'offre et de la demande n'est réalisée que de manière globale.

L'IBPT laisse par ailleurs ouverte la question de la dimension géographique de ce marché.

- Au chapitre 8 du projet, l'IBPT procède à l'examen des trois critères énoncés dans la Recommandation du 9 octobre 2014. L'examen de l'IBPT s'arrête cependant à celui du premier critère, celui de *l'existence de barrières structurelles* pour l'entrée sur le marché d'accès pour la téléphonie fixe. L'IBPT propose de conclure cet examen en précisant :

« L'IBPT estime, d'un point de vue prospectif, qu'il n'y a plus de barrières structurelles pour entrer sur le marché d'accès pour la téléphonie fixe. D'une part, il est possible d'entrer sur le marché de la téléphonie stand alone comme opérateur unmanaged VoIP. D'autre part, il est possible de commercialiser des offres groupées comprenant la téléphonie fixe via les offres de gros existantes (BRUO, BROBA, WBA VDSL 2). Le fait qu'une série d'opérateurs unmanaged VoIP soient déjà sur le marché confirme ce point de vue. »²⁹

Sur la base de ce constat, l'IBPT ne procède pas à l'examen des deux autres critères de la Recommandation du 9 octobre 2014 et propose de décider de lever les obligations imposées à PROXIMUS (BELGACOM) par la Décision du 31 janvier 2013.

Plus particulièrement, l'IBPT propose de lever l'obligation imposée jusqu'alors à PROXIMUS de proposer le service de départ d'appel fixe (services « CS/CPS »). L'IBPT indique, à cet égard, que :

²⁶ Projet de décision, point 7.3.5.

²⁷ Projet de décision, §§ 101 et suivants.

²⁸ Projet de décision, §§ 103 et suivants.

²⁹ Projet de décision, § 220.

« La suppression de l'obligation CPS n'a pas d'impact, étant donné que PROXIMUS souhaite s'engager à continuer à exécuter les services CS et CPS aux conditions actuelles et sur une base volontaire. »³⁰

- Au chapitre 10, l'IBPT procède à l'analyse du **marché de gros pertinent du départ d'appel**.

L'IBPT constate, tout d'abord, qu'il **existe deux formes de services de départ d'appel, qui « connaissent une dynamique différente »**³¹.

- o Les services de départ d'appel pour les numéros géographiques (services CS/CPS),
- o Les services de départ d'appel pour les numéros non géographiques (services VAS).

Les différences entre ces deux formes de services de départ d'appel sont exposées aux paragraphes 234 et suivants du projet de décision.

L'IBPT note cependant que :

« Étant donné que le chapitre précédent a conclu que l'obligation de proposer le CPS est supprimée, le marché ne se compose plus que des services de départ d'appel à destination des services à valeur ajoutée. »³²

L'IBPT procède ensuite à l'examen des marchés pertinents de produits et de services ainsi qu'à l'examen des marchés géographiques pertinents, en appliquant les tests de substituabilité de l'offre et de la demande. L'IBPT conclut son examen en écrivant que les offres de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics fixes et les offres de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles ne doivent pas être intégrées dans le marché pertinent³³.

Enfin, l'IBPT examine la dimension géographique du marché pertinent. Il conclut, sur ce point, en écrivant que :

« L'IBPT estime que la conclusion qui serait tirée concernant la délimitation géographique n'est pas pertinente. »³⁴

- Au chapitre 11, l'IBPT procède à l'examen des trois critères énoncés dans la Recommandation du 9 octobre 2014. **Il choisit toutefois de n'analyser que le critère de la concurrence effective³⁵, avant même celui de l'existence de barrières structurelles pour l'entrée sur le marché pertinent. Très curieusement, l'IBPT qualifie ce critère de « premier critère » alors que, suivant les Recommandations de 2007 et de 2014, ce critère est le deuxième...**

Sur ce point, l'IBPT arrive, par un **raccourci de pensée assez étonnant, à la conclusion que ce marché serait devenu effectivement concurrentiel, en constatant que, sur la période 2010-2016, le marché de gros pour le départ d'appel vers les services VAS a diminué en importance³⁶ et évoluerait vers une situation où, sur le marché de détail en aval, il y aurait « suffisamment d'alternatives disponibles, comme les applications smartphone et les SMS premium. »**³⁷.

³⁰ Projet de décision, § 222.

³¹ Projet de décision, § 233.

³² Projet de décision, § 237.

³³ Projet de décision, § 255.

³⁴ Projet de décision, § 266.

³⁵ Projet de décision, point 11.2.

³⁶ Projet de décision, § 269-271.

³⁷ Projet de décision, § 278.

Pour le reste, l'IBPT énonce, de manière lapidaire, que :

« En outre, il n'y a pas de préjudice pour le consommateur final, étant donné que l'arrêté royal du 24 mars 2009 modifiant diverses dispositions de l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national a fixé un plafond tarifaire. »

L'IBPT ne procède dès lors pas à l'examen des deux autres critères.

- Compte tenu de ce qui précède, l'IBPT propose, au chapitre 12, de supprimer toutes les obligations qui avaient été imposées à PROXIMUS (BELGACOM) par la Décision du 11 août 2006³⁸. En d'autres termes, PROXIMUS ne serait plus contrainte de respecter les obligations d'accès et d'interconnexion, de non-discrimination, de transparence (en ce compris l'obligation de publier une offre de référence) ou de contrôle des prix pour les services de gros de départ d'appel vers les services VAS.

L'IBPT propose également de ne pas imposer de période transitoire après le retrait de ces obligations. Il estime que l'engagement de PROXIMUS de maintenir ses conditions actuelles d'exécution des services de départ d'appel jusqu'au 31 décembre 2019 équivaudrait *de facto* à une période transitoire³⁹.

- Pour le reste, l'IBPT propose d'abroger les deux décisions précédentes des 11 août 2006 et 31 janvier 2013 à la date d'entrée en vigueur de la future décision définitive⁴⁰.

15. La version non confidentielle du projet de décision de l'IBPT a fait l'objet :

- d'une consultation nationale du 28 décembre 2017 au 21 février 2018, par le biais d'une publication sur le site internet de l'IBPT ;
- d'une communication à l'Autorité Belge de la Concurrence en date du 7 septembre 2018 ;
- d'une communication aux différents régulateurs des Médias en date du 28 septembre 2018 ;
- d'une notification à la Commission européenne en date du 30 octobre 2018.

En revanche, le projet de décision ne précise pas à quelle date ni comment il aurait fait l'objet d'une notification ou d'une consultation avec l'ORECE et les autres ARN⁴¹, alors même que la Décision du 7 décembre 2018 rappelle l'existence de l'article 141 de la LCE⁴².

16. Suite à la publication du projet de décision, la requérante a introduit ses observations auprès de l'IBPT.

Elle a notamment fait valoir ce qui suit quant à l'analyse du *marché de détail de l'accès* :

- « 8. 3STARSNET n'est pas d'accord avec l'analyse globale et la caractérisation du marché de détail de l'accès au réseau de téléphonie fixe présentée par l'IBPT dans le projet de décision (qui constitue l'essentiel du texte du projet de décision de l'IBPT) et 3STARSNET est en désaccord avec les conclusions que l'IBPT propose de tirer, qui équivalent à une dérégulation de l'opérateur dominant du réseau fixe.
- 9. Pour éviter tout doute, nos préoccupations ne sont pas spécifiquement liées à la suppression des obligations d'accès de gros CS/CPS imposées à PROXIMUS (nous ne comptons pas sur le CS/CPS) ; nos préoccupations portent sur la capacité des opérateurs alternatifs, tels que 3STARSNET, à être un acteur significatif sur le marché belge des

³⁸ Projet de décision, § 284

³⁹ Projet de décision, § 287.

⁴⁰ Projet de décision, § 289.

⁴¹ Projet de décision, § 37.

⁴² Décision du 7 décembre 2018, § 23.

services de télécommunications à venir. Il s'agit notamment du marché de détail de la téléphonie fixe autonome, des marchés groupés et du marché du traitement des appels vers des numéros de services à valeur ajoutée.

10. L'IBPT décrit ce qu'il appelle le "caractère de moins en moins pertinent" de la téléphonie fixe autonome de détail (point 109, en référence aux points 98 et 100-101-102 sur la pénétration globale du marché des lignes autonomes et le nombre de lignes CS/CPS encore actives). 3STARSNET considère que la téléphonie fixe autonome au détail restera cruciale pour les intérêts des utilisateurs finaux professionnels (entreprises, administrations publiques et fournisseurs de contenu premium) dans un avenir prévisible, tout en reconnaissant que le regroupement est important dans tous les segments du marché. De nombreux utilisateurs finaux professionnels n'exigent pas des offres groupées de la même manière que les consommateurs préfèrent souvent les offres groupées. L'IBPT s'appuie sur des statistiques agrégées pour toutes les lignes, mais n'a pas examiné spécifiquement l'importance et les besoins des utilisateurs finaux professionnels. Un tel examen est nécessaire avant que l'IBPT puisse tirer des conclusions sur la pertinence des marchés autonomes et groupés, en particulier lorsque cela alimente la définition du marché et un test à trois critères pour une régulation *ex-ante* des marchés de gros
11. L'IBPT semble relativement peu préoccupé par l'état de la concurrence dans le domaine de l'accès au réseau de téléphonie fixe au détail, tant autonome que groupé, en mettant l'accent sur la faiblesse des barrières à l'entrée (points 207 et 208) et la disponibilité d'un accès (générique) réglementé au réseau de gros (points 211, 213 et 217). 3STARSNET trouve cela très surprenant, étant donné que les marchés de détail de la téléphonie fixe (marchés de détail s'adressant aux consommateurs et marchés s'adressant aux professionnels) en Belgique sont exceptionnellement concentrés entre les mains de deux opérateurs de réseaux basés sur l'infrastructure dans une zone géographique donnée, et que PROXIMUS continue à dominer tous les segments du marché s'adressant aux utilisateurs finaux professionnels. L'IBPT doit examiner de manière spécifique et complète la situation réelle du marché (en fait sa concentration), et l'IBPT ne peut se fonder sur des considérations hypothétiques concernant les coûts prétendument faibles des opérateurs alternatifs (potentiels). L'IBPT doit également se demander pourquoi les options d'accès en gros (génériques) auxquelles il fait référence, bien que techniquement disponibles, ne semblent pas être un vecteur majeur de concurrence. Si les barrières à l'entrée étaient vraiment aussi faibles que celles décrites par l'IBPT, pourquoi la situation du marché est-elle aussi concentrée qu'elle l'est et pourquoi les autres opérateurs qui existent ont-ils eu un impact aussi limité sur le marché ? Un examen approfondi de l'IBPT est nécessaire avant que l'IBPT puisse tirer des conclusions sur les barrières à l'entrée - et les barrières à l'expansion - d'autres opérateurs. Un tel examen est nécessaire avant que l'IBPT puisse tirer des conclusions sur le test des trois critères pour le marché de détail de l'accès au réseau de téléphonie fixe.
12. Nous sommes particulièrement consternés de voir l'IBPT affirmer que les coûts d'entrée/existence sur le marché pour les opérateurs alternatifs seraient faibles ou inexistantes (points 207, 208, 211, 212, 213, 217) - sans fournir aucune donnée technique et/ou financière/économique. Cela ne tient pas compte de la réalité et de l'économie des petites entreprises, pour lesquelles les dépenses d'investissement et les dépenses d'exploitation représentent des dépenses de trésorerie très réelles. L'IBPT affirme qu'il serait facile de passer du TDM au IP, y compris pour l'interconnexion, que l'investissement serait bon marché et que les coûts irrécupérables seraient faibles voire nuls. Tous ces éléments nous semblent gravement défectueux. 3STARSNET n'a pas été consulté par l'IBPT sur ce qu'est son CAPEX et son OPEX en tant que petite entreprise participant aux marchés que l'IBPT analyse. Il est clair que l'IBPT a encore beaucoup à faire pour comprendre la position économique des opérateurs alternatifs actifs en Belgique sur les marchés qui font l'objet de la présente consultation, avant que l'IBPT puisse parvenir à des conclusions définitives. Il en va de même lorsque l'IBPT discute des solutions d'accès de gros (génériques) et affirme que, d'ici 2018, l'on peut compter sur le dégroupage de la boucle locale pour entrer sur le marché et que la vente en gros, la revente et l'accès aux réseaux câblés constituent un élément pertinent. Le fait est que le dégroupage de la boucle locale est en déclin et que seul Orange a été en mesure de surmonter les obstacles à l'entrée initiale inscrits dans les décisions de l'IBPT sur la revente/accès au câble (tarifs initiaux élevés à payer à plusieurs câblo-opérateurs, complexité opérationnelle, etc.) Nous sommes donc en profond désaccord avec chacune des déclarations et conclusions de l'IBPT à cet égard. Il s'agit d'affirmations de l'IBPT, que l'IBPT n'a singulièrement pas

- étayées, ne répondant pas aux normes requises pour une analyse de marché par une ARN, comme l'exigent la législation belge et le cadre réglementaire de l'UE.
13. Nous réitérons également notre déclaration en réponse à la CONSULT-2017-D8 de l'IBPT selon laquelle les opérateurs alternatifs, en particulier ceux qui se concentrent sur la téléphonie fixe, seront prochainement confrontés à un pic des investissements et à un pic OPEX liés à la nécessité d'exécuter en parallèle une interconnexion TDM et une interconnexion IP avec PROXIMUS. Ceci est particulièrement problématique lorsque le trafic augmente (nécessitant des investissements dans l'interconnexion TDM juste au moment où elle est sur le point d'être supprimée) et serait économiquement très problématique si elle était combinée avec les réductions de FTR imposées par l'IBPT dans le même laps de temps.
 14. Sur la base des points exposés ci-dessus, 3STARSNET ne peut être d'accord avec les points 220 et 223 du projet de décision de l'IBPT, dans lesquels l'IBPT propose qu'il n'existe, à l'avenir, aucune barrière structurelle à l'entrée sur le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique fixe (critère 1) et l'IBPT juge superflu d'examiner les obstacles à une évolution vers une situation de concurrence effective (critère 2). 3STARSNET estime inconcevable que l'IBPT puisse se satisfaire des conditions de *statu quo* du niveau de concurrence sur le marché belge de la téléphonie fixe. Il existe certainement des obstacles à l'entrée et à l'expansion sur le marché et il n'y a pas d'évolution vers la réalisation d'une concurrence effective dans le cadre du cadre réglementaire actuellement en vigueur. La mise en œuvre des propositions de l'IBPT reviendrait à cimenter la structure de marché existante, ce qui est manifestement insatisfaisant tant du point de vue de l'utilisateur final professionnel que de celui des concurrents.
 15. Remarque : 3STARSNET ne demande pas le maintien des obligations CS/CPS traditionnelles sur PROXIMUS. 3STARSNET considère que l'IBPT devrait se détourner de l'aspect dérégulateur de cette analyse de marché et devrait au contraire reconnaître et réellement s'attaquer aux obstacles sérieux à l'expansion auxquels sont confrontés les petits opérateurs alternatifs dans un environnement qui est de plus en plus caractérisé par le regroupement des services par de grands opérateurs intégrés verticalement. » **(pièce 3)**

La requérante a en outre fait valoir ce qui suit, quant à *l'analyse du marché de gros de départ d'appel* et a, entre autres, contesté le raisonnement tenu par l'IBPT pour considérer que ce marché serait effectivement concurrentiel.

- « 16. 3STARSNET reconnaît qu'il existe deux marchés de gros distincts, avec une dynamique concurrentielle différente, l'un pour le départ d'appel fixe en gros et l'autre pour le départ d'appel en gros pour la fourniture de services à valeur ajoutée (ci-après "SVA").
17. Nous constatons que le projet de décision de l'IBPT ne définit pas formellement le marché de gros du départ d'appel en gros pour la fourniture de SVA. En fait, l'IBPT semble disposer d'un matériel standard copié-collé sur les distinctions entre les marchés fixe et mobile, les marchés de départ et de transit, la dimension géographique, etc. 3STARSNET considère qu'il s'agit d'une grave défaillance réglementaire de la part de l'IBPT. Il est clair que l'IBPT a encore beaucoup à faire pour comprendre et exprimer l'économie spécifique du marché du départ d'appel SVA en gros, avant que l'IBPT puisse adopter une décision à ce sujet.
18. En ce qui concerne la réalisation du test des trois critères, l'IBPT indique que les volumes d'appels vers les numéros SVA ont fortement diminué d'année en année au cours des dix dernières années (points 269 et 270) et que l'auto-provisionnement par les opérateurs intégrés verticalement a augmenté (point 271). Bien que ces éléments soient incontestablement corrects sur le plan factuel (notamment en raison de la détérioration de la concurrence sur le marché belge au cours des dix dernières années), l'IBPT s'appuie sur ces éléments (y compris les paragraphes 272 à 277 suivants) pour conclure (paragraphes 278 à 279) qu'il existe une concurrence suffisante (même si la part de marché de PROXIMUS dépasse le seuil *prima facie* pour la PSM - paragraphe 277) et que les alternatives sont suffisantes (SMS et Internet) et que le premier critère des trois critères ne serait donc pas satisfait.
19. **3STARSNET est en profond désaccord avec le projet de décision de l'IBPT à cet égard, pour les raisons suivantes : i) la réduction globale des volumes d'appels SVA n'est PAS un indicateur d'un meilleur fonctionnement du marché, ii) l'augmentation**

de l'auto-provisionnement par les opérateurs verticalement intégrés n'est PAS un indice d'une concurrence accrue (bien au contraire, elle reflète très probablement une concentration malsaine du marché), iii) le fait que le départ des appels SVA pour des opérateurs tiers représente seulement un petit volume d'appels ne justifie pas de négliger des problèmes de concurrence, (iv) Les SMS et Internet peuvent affecter indirectement les marchés des SVA vocaux, mais si l'IBPT souhaite faire valoir que les applications SMS et smartphones, et plus généralement Internet, font partie du même marché en cause que le départ d'appel SVA en gros, l'IBPT doit procéder à une analyse de substitution du marché entièrement détaillée, plutôt que de faire une affirmation non fondée en deux paragraphes seulement (272 et 273).

V. Paragraphe 280

20. Au paragraphe 280 du projet de décision, l'IBPT indique simplement, sans fournir d'analyse juridique ou économique connexe, que la régulation directe du marché de détail, sous la forme de l'arrêté royal du 24 mars 2009, implique qu'il n'y aurait aucun préjudice pour les consommateurs (de la dérégulation du marché de gros du départ d'appel aux numéros à valeur ajoutée) puisque les prix de détail sont limités par la législation.
21. 3STARSNET est fondamentalement en désaccord avec le projet de décision de l'IBPT à cet égard. L'existence d'un plafonnement des prix de détail n'empêche pas les opérateurs de départ d'appel de gros de chercher à augmenter leur part de la valeur générée, c'est-à-dire à redistribuer la chaîne de valeur des télécommunications en leur faveur et au détriment des autres acteurs de la chaîne de valeur. C'est exactement ce qui s'est produit en 2009, lorsque les opérateurs de réseaux mobiles ont décidé d'augmenter considérablement leurs tarifs de gros pour le départ d'appel, ce qui s'est avéré un succès en 2010, malgré l'existence - déjà à l'époque - de plafonds de prix de détail établis par la législation belge.
22. L'expérience récente aux Pays-Bas, après la dérégulation par ACM du départ d'appel en gros pour les appels vers des numéros de services à valeur ajoutée, en présence de plafonds de prix de détail établis par la législation, démontre également que KPN (l'opérateur historique du réseau fixe) a pu faire basculer le marché, au détriment des autres opérateurs. Nous demandons instamment à l'IBPT de contacter l'ACM aux Pays-Bas pour une discussion approfondie sur l'évolution des marchés des SVA au cours des dernières années. Cela conduira certainement l'IBPT à reconnaître que les marchés de gros et de détail liés aux SVA se caractérisent par des problèmes de concurrence très importants, même en présence d'une législation directe fixant des prix maximaux pour les SVA au détail.
23. L'ORECE a également identifié de graves problèmes en ce qui concerne le départ d'appel en gros pour les appels vers les SVA. 3STARSNET a été l'un des contributeurs à ce rapport de l'ORECE, reflétant son expérience sur le marché belge. 3STARSNET invite instamment l'IBPT à examiner le rapport de l'ORECE sur cette question et à en tenir compte dans son analyse de marché.

VI. Traitement global de l'origine des appels SVA

24. En examinant le projet de décision de l'IBPT, nous constatons que le départ d'appel en gros pour la fourniture de services à valeur ajoutée ne représente que les paragraphes 231 à 283, correspondant aux pages 82 à 96 du projet de décision. Sur la base de ces 14 pages seulement, l'IBPT propose de conclure que la dérégulation serait justifiée.
25. 3STARSNET n'est respectueusement pas d'accord. Nous considérons que l'IBPT n'a pas satisfait à la norme de preuve pour la dérégulation proposée. L'analyse économique et juridique nécessaire fait défaut et l'IBPT n'a pas tenu compte des préoccupations de l'ORECE sur cette question très spécifique et semble également ignorer le précédent belge en matière de départ d'appel mobile en gros. 3STARSNET s'attend à ce que l'IBPT maintienne un niveau plus élevé d'analyse de marché et de rigueur administrative avant de prendre des décisions de dérégulation qui auront de profondes répercussions sur le marché.

VII. Offre de référence PROXIMUS pour l'établissement d'appels SVA

26. 3STARSNET est très préoccupée par le fait que l'IBPT, en incluant dans son projet de décision des propositions de modification des offres de référence en gros de PROXIMUS,

pourrait avoir négocié bilatéralement avec PROXIMUS, avant la consultation publique, des addenda aux offres de référence en gros de PROXIMUS, et des engagements réglementaires connexes au-delà des dates proposées de dérégulation, sans impliquer de preneurs d'accès.

27. 3STARSNET, pour sa part, n'a connaissance d'aucune discussion sur les engagements de PROXIMUS concernant le maintien des dispositions actuellement applicables au-delà de la dérégulation. C'est très inquiétant. Tous les aspects des accords proposés entre l'organisme de réglementation et l'exploitant PSM devraient faire l'objet d'une consultation publique complète, en particulier lorsqu'il est proposé de supprimer le statut de PSM.
28. Il est particulièrement préoccupant qu'après la dérégulation, PROXIMUS soit en mesure (sans contrôle de l'IBPT) de :
 - a) modifier sa structure de tarification du départ d'appel SVA (notamment son départ d'appel, son "coût de transfert d'argent" et ses frais de transit (non réglementés), et
 - b) augmenter ses tarifs en fonction de l'inflation (indice de consommation SPF Economie) alors que les prix de détail sont plafonnés par arrêté royal, ce qui permet à PROXIMUS d'augmenter sa marge aux dépens des autres acteurs de la chaîne de valeur. Nous croyons comprendre que, dans le régime actuel, l'ajustement à l'inflation n'est pas prévu.

Cela permettrait à PROXIMUS de favoriser ses propres activités verticalement intégrées et de nuire *de facto* à des entreprises telles que 3STARSNET. » (**pièce 3**)

La requérante conclut ses observations par les remarques suivantes :

- « 29. En bref, et sur la base des considérations exposées dans les sections précédentes, nous demandons à l'IBPT d'examiner formellement les points suivants, avant de finaliser toute décision sur le départ d'appel fixe en gros.
30. L'IBPT ne peut pas finaliser une décision sans avoir réalisé, avec sérieux, des études d'impact économique spécifiques, comme suit :
 - i) Évaluation économique spécifique des besoins des utilisateurs professionnels (entreprises, administrations publiques, fournisseurs de contenu) pour la téléphonie fixe autonome de détail et pour les marchés groupés de détail impliquant la téléphonie fixe. Cela est nécessaire pour établir, sur la base des faits, si la demande du marché est satisfaite et si une intervention réglementaire est justifiée, notamment en ce qui concerne les marchés groupés.
 - ii) Appréciation économique spécifique de la structure du marché et du degré de concurrence pour la téléphonie fixe autonome de détail et pour les marchés groupés de détail impliquant la téléphonie fixe. Ceci est nécessaire afin d'exposer le degré de concentration de ces marchés en Belgique et d'éviter de fonder les décisions de l'IBPT sur des considérations hypothétiques d'entrée (potentielle) sur le marché. Une attention particulière doit être accordée à la position des petits opérateurs alternatifs, aux coûts (CAPEX, OPEX, cash-flow) auxquels ils sont confrontés (y compris les coûts d'interconnexion et de transit avec PROXIMUS) et aux obstacles à leur expansion.
 - iii) Évaluation économique spécifique de la pertinence des solutions (génériques) d'accès de gros (dégrouper de la boucle locale, WBA VDSL2, revente/accès au câble) en tant que moyen de soutenir la concurrence sur les marchés de détail de la téléphonie fixe, une attention particulière étant accordée à la capacité des autres opérateurs à se faire concurrence efficacement tant pour la téléphonie fixe de détail autonome que pour les marchés groupés, dont la téléphonie fixe.
 - iv) Analyse de marché spécifique du marché du départ d'appel en gros vers des numéros de service à valeur ajoutée. L'IBPT ne peut déréglementer ce marché sans l'avoir analysé.
 - v) Analyse spécifique du marché de gros pour accéder par SMS et Internet aux fournisseurs de services/contenu/applications. L'IBPT ne peut invoquer une telle substitution pour justifier une déréglementation sans l'avoir analysée. » (**pièce 3**)

17. Le **17 décembre 2018**, le site de l'IBPT a publié la Décision du 7 décembre 2018 (**pièce 1**). Cette décision est entrée en vigueur le premier jour du deuxième mois qui a suivi sa publication, soit le **1^{er} février 2019**.

La Décision du 7 décembre 2018 reprend, en très grande partie, le même raisonnement que celui tenu dans le projet de décision. La Décision du 7 décembre 2018 ne contient que quelques ajustements et compléments par rapport au projet de décision du 27 décembre 2017. De nombreuses lacunes sont toutefois conservées.

- Au point 6.2., relatif à l'évolution du marché de la téléphonie fixe, il n'est fait **aucune mention des particularités des VAS**.

L'IBPT se contente de constater une augmentation du nombre d'offres conjointes (mêlant les services de téléphonie fixe et les autres services de communications)⁴³ et une « *baisse de popularité des C(P)S* »⁴⁴, c'est-à-dire des appels depuis les réseaux fixes nationaux. L'IBPT illustre son constat par divers graphiques montrant la diminution du trafic de la téléphonie fixe, en général, et une diminution du nombre des appels CS/CPS.

L'IBPT se contente, de même, de n'examiner que l'évolution des prix de la téléphonie fixe classique (interpersonnelle) à destination de l'utilisateur final tout venant, à savoir les offres résidentielles⁴⁵. **Aucune mention n'est faite sur les offres à destination de l'utilisateur des VAS, à savoir essentiellement les éditeurs de contenus ou « service providers ».**

- L'analyse de marché reprend la chaîne de valeur de ce marché qui avait été décrite dans le projet de décision⁴⁶.
- L'analyse de marché reprend la distinction entre les services de départ d'appel CS/CPS (vers des numéros géographiques) et les services de départ d'appel VAS.

L'analyse de marché de ces derniers services reste toutefois très succincte. A titre d'exemple, il n'y a pas de véritable analyse des particularités de ces services.

L'IBPT n'inclut par ailleurs plus les « *chatbots* » (robots conversationnels), les SMS et les applications mobiles dans le marché analysé. Ces solutions ne sont plus considérées comme des substituts aux services VAS⁴⁷. L'IBPT note toutefois que ces solutions techniques peuvent être prises en compte dans le cadre du test des trois critères pour déterminer si ce marché peut encore faire l'objet d'une régulation *ex ante*⁴⁸.

Pour le reste, l'IBPT répond à diverses remarques des opérateurs.

- L'analyse de marché se poursuit par l'application des tests de substituabilité de l'offre et de la demande.

L'IBPT conclut à la substituabilité du côté de la demande entre les différentes méthodes techniques pour fournir des services de gros pour le départ d'appel⁴⁹, sans prendre la peine d'énumérer ou, à tout le moins, de décrire ces différentes méthodes techniques⁵⁰.

En revanche, l'IBPT rejette la substituabilité entre le départ d'appel et la terminaison d'appel⁵¹ ainsi que la substituabilité entre le départ d'appel et le transit d'appel⁵².

⁴³ Décision du 7 décembre 2018, point 6.2.3.1.

⁴⁴ Décision du 7 décembre 2018, point 6.2.3.3.

⁴⁵ Décision du 7 décembre 2018, point 6.2.3.4.

⁴⁶ Décision du 7 décembre 2018, §§ 348-354.

⁴⁷ Décision du 7 décembre 2018, § 356 et § 421.

⁴⁸ Décision du 7 décembre 2018, § 356.

⁴⁹ Décision du 7 décembre 2018, § 372.

⁵⁰ Décision du 7 décembre 2018, § 370-371.

⁵¹ Décision du 7 décembre 2018, §§ 374-379.

⁵² Décision du 7 décembre 2018, §§ 380-390.

Enfin, l'IBPT considère également que les services de départ d'appel sur les réseaux publics fixes (en position déterminée) ne peuvent pas être intégrés dans le même marché pertinent.

- Pour le reste, l'IBPT conclut son analyse de marché en écrivant que le marché pertinent a une dimension géographique nationale⁵³.

L'examen des trois critères de la Recommandation du 9 octobre 2014 est, quant à lui, réalisé en appliquant la même approche que dans le projet de décision. L'IBPT n'examine que le deuxième des trois critères, à savoir celui de l'existence d'une concurrence effective sur le marché concerné. **L'examen de l'IBPT ne porte pas sur le premier critère (l'existence de barrières à l'entrée), alors que ce point avait été très longuement analysé dans la précédente analyse de marché.** L'IBPT note, en effet, dans le chapitre 11 :

« Ce chapitre soumet le marché de gros du départ d'appel au test des trois critères. L'IBPT commence son évaluation avec le critère de l'évolution vers la concurrence effective (deuxième critère de la recommandation susmentionnée). »⁵⁴

- Pour affirmer que ce marché serait devenu effectivement concurrentiel, l'IBPT part du constat que le marché des appels VAS a connu une diminution entre 2010 et 2017. Il relève, en passant, que PROXIMUS a vu sa part de marché diminuer à 40 %⁵⁵. **L'IBPT admet cependant que PROXIMUS reste « un opérateur dominant »** et « a toujours une part de marché assez élevée »⁵⁶.
- L'IBPT affirme ensuite, sans fournir quelques données ni éléments précis que ce soient, que la diminution du volume d'appels VAS et de la part de marché de PROXIMUS serait due au fait que « de plus en plus de services proposés via des numéros non géographiques sont à présent également proposés via Internet (entre autres des robots conversationnels) ou des services SMS (premium) »⁵⁷. L'IBPT ajoutera, un peu plus loin, les services accessibles par l'internet mobile ou via la téléphonie mobile. Selon l'IBPT,

« le rétrécissement du marché » **pourrait**⁵⁸ être « vu comme un signal d'évolution du marché vers une situation de concurrence effective de par la concurrence de formes de communications alternatives. »⁵⁹

« la diminution de la demande et la diminution de la part de marché de PROXIMUS **peuvent** donc s'expliquer par un déplacement des appels de téléphonie fixe vers d'autres manières de joindre les services à valeur ajoutée. »⁶⁰

On relèvera ainsi que l'IBPT se contente de constater l'évolution du marché des appels VAS mais ne l'explique nullement par des éléments objectifs. L'usage du conditionnel est récurrent et indique ainsi que l'IBPT émet **des hypothèses**.

- Par ailleurs, l'IBPT continue à affirmer, sans démonstration précise, que le marché évoluera vers une situation de concurrence effective à l'avenir⁶¹.
- Enfin, dans la mesure où, suivant l'IBPT, le deuxième critère de la Recommandation du 9 octobre 2014 n'est plus rempli, l'IBPT termine son examen et conclut à la nécessité de déréguler le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques.

⁵³ Décision du 7 décembre 2018, § 406.

⁵⁴ Décision du 7 décembre 2018, § 410.

⁵⁵ Ce chiffre n'est toutefois étayé par aucune donnée précise.

⁵⁶ Décision du 7 décembre 2018, § 413.

⁵⁷ Décision du 7 décembre 2018, § 419.

⁵⁸ L'IBPT utilise le conditionnel.

⁵⁹ Décision du 7 décembre 2018, § 425.

⁶⁰ Décision du 7 décembre 2018, § 431.

⁶¹ Décision du 7 décembre 2018, § 433.

En ce qui concerne le marché de gros de départ d'appel, l'IBPT estime qu'il n'y a pas lieu d'imposer une période transitoire. L'IBPT reprend, sur ce point aussi, les arguments développés dans le projet de décision⁶². L'IBPT estime que l'offre de PROXIMUS de maintenir les conditions actuelles jusqu'au 31 décembre 2019 constitue un substitut satisfaisant à cette période transitoire.

L'IBPT explique, enfin, qu'après cette dérégulation, il lui sera toujours possible de faire usage des moyens légaux octroyés par la LCE pour corriger les effets néfastes de cette dérégulation, à savoir les procédures de conciliation, les procédures de règlement des litiges entre opérateurs ou l'imposition de solutions destinées à garantir l'interconnexion entre les réseaux des divers opérateurs⁶³.

Sur la base de ce qui précède, l'IBPT abroge les deux décisions antérieures des 11 août 2006 et 31 janvier 2013 qui imposaient diverses obligations régulateurs à PROXIMUS.

D. EFFETS ET CONSEQUENCES DE LA DECISION DU 7 DÉCEMBRE 2018

18. La Décision du 7 décembre 2018 a, comme précisé ci-dessus, pour effet de déréguler un marché antérieurement régulé par les deux décisions des 11 août 2006 et 31 janvier 2013. Plus particulièrement, la Décision du 7 décembre 2018 supprime les obligations suivantes, qui avaient été imposées à PROXIMUS, en sa qualité d'opérateur puissant sur le marché de gros du départ d'appel par la Décision du 11 août 2006 :

- L'obligation de faire droit aux demandes raisonnables en matière d'accès et d'interconnexion nécessaires au départ d'appel pour la fourniture au détail d'opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base, de services de données, de services VPN, de services à valeur ajoutée (VAS) et de services utilisant des numéros 0797 ;
- L'obligation de transparence, imposant à PROXIMUS de publier une offre de référence concernant les prestations d'accès nécessaires à la fourniture par les opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base (en sélection et la présélection), de services de données, de services VPN, de services à valeur ajoutée, de services utilisant des numéros 0797 ;
- L'obligation de non-discrimination, qui consiste à proposer à l'ensemble des opérateurs alternatifs les mêmes prestations de départ d'appel que celles que PROXIMUS utilise elle-même, dans des conditions tarifaires et techniques non discriminatoires ;
- L'obligation de contrôle des prix, imposant à PROXIMUS de soumettre à l'IBPT, pour autorisation préalable, les tarifs applicables à ces services de gros (**pièce 4**).

Par ailleurs, la Décision du 7 décembre 2018 n'impose, formellement, aucune obligation pour PROXIMUS de maintenir les conditions actuelles. La Décision du 7 décembre 2018 se borne en effet à constater que PROXIMUS a pris un engagement de ce faire jusqu'au 31 décembre 2019.

19. *De facto*, la suppression de la régulation *ex ante* entraîne des risques importants pour les utilisateurs finaux, et pour les opérateurs alternatifs.

A partir du 1^{er} janvier 2020, les opérateurs alternatifs seront à la merci des décisions de PROXIMUS lorsque l'accès et l'interconnexion au réseau PROXIMUS sera nécessaire pour déployer leurs activités sur le marché des communications téléphoniques non géographiques.

⁶² Décision du 7 décembre 2018, §§ 444-445.

⁶³ Décision du 7 décembre 2018, §§ 448 et suivants.

En cas de difficultés (telles que le refus d'interconnexion avec le réseau de PROXIMUS, l'augmentation des tarifs (notamment de gros) de la part de PROXIMUS, l'application de conditions techniques déraisonnables ou anormales), la seule possibilité qui leur est offerte, pour protéger leurs activités, est de recourir au droit commun de la concurrence (régulation *ex post*) et de mettre en œuvre les moyens de contrôle *a posteriori* prévus par la LCE et la législation belge en matière de concurrence. La disponibilité de la procédure de médiation que l'IBPT invoque dans au chapitre 12 de la Décision du 7 décembre 2018 ne peut être invoquée qu'après qu'un incident se produise entre opérateurs, et n'a pas prouvé son efficacité en termes de protection de la concurrence et de l'utilisateur final (qu'il soit un consommateur ou une entreprise).

L'utilisation de moyens de contrôle *a posteriori* peut faire perdre un temps considérable aux opérateurs alternatifs, dans un secteur d'activités qui est caractérisé par son caractère très évolutif.

Ces risques ne sont pas purement théoriques. A diverses reprises, la Décision du 7 décembre 2018 fait référence aux litiges survenus en 2009, suite à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 24 mars 2009⁶⁴. Cet arrêté avait harmonisé les plafonds tarifaires entre les appels fixes et les appels mobiles. Un opérateur menaçait de ne plus transmettre certains appels, étant donné que l'indemnité de gros ne lui paraissait plus suffisante pour rémunérer ses services⁶⁵. Un autre opérateur avait même augmenté les frais qu'ils pratiquaient pour le transit des appels vers les services VAS entre les réseaux fixes et les réseaux mobiles⁶⁶.

Ces difficultés avaient mis en péril l'activité d'opérateurs alternatifs qui, à l'instar de la requérante, proposaient à leurs clients des numéros VAS. Il n'était plus possible de garantir l'acheminement des appels vers les numéros VAS ni de garantir la rentabilité des services de contenus/applications proposés via les numéros VAS. L'augmentation des frais de transit pouvait diminuer le solde du tarif maximal appliqué aux appels VAS que devaient se partager les autres intervenants (opérateurs alternatifs ou service providers concernés).

Ce n'est finalement que le 28 juin 2011, soit deux ans après l'entrée en vigueur de cet arrêté du 24 mars 2009, que l'IBPT a publié « une communication » (dont le caractère contraignant n'est pas démontré) en vue résoudre les problèmes dénoncés⁶⁷.

Pendant une période de deux ans, certains opérateurs ont donc vécu avec l'incertitude.

E. LE RECOURS DE LA REQUÉRANTE

20. Compte tenu des effets négatifs générés par la Décision du 7 décembre 2018, la requérante a introduit un recours devant la Cour de céans tendant à l'annulation de cette décision. Dans sa requête du **15 février 2019** et dans ses conclusions ultérieures, la requérante a développé divers moyens quant à la validité formelle de cette décision et quant à la conformité de cette décision avec diverses règles supérieures. La requérante faisait, entre autres, grief à l'IBPT de n'avoir pas suivi la procédure obligatoire prévue par les dispositions de l'arrêté royal du 19 avril 2014 portant règlement d'ordre intérieur du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications

⁶⁴ Arrêté royal modifiant diverses dispositions de l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national et à l'attribution et au retrait des droits d'utilisation de numéros, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009.

⁶⁵ Décision du 7 décembre 2018, § 365.

⁶⁶ Communication du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 concernant les appels vers des services à valeur ajoutée au départ des réseaux mobiles, § 8 ; consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/1819/3526_fr_communication_principes_conciliation_vas_fr_final.pdf.

⁶⁷ Idem.

21. Par arrêt rendu le **12 juin 2019**, la Cour de céans a annulé la Décision du 7 décembre 2018. La Cour de céans a constaté que la procédure d'adoption de cette décision n'avait pas été respectée. Le Conseil de l'IBPT avait en effet adopté cette décision aux termes d'un vote électronique qui ne respectait pas diverses dispositions de l'arrêt royal précité du 19 avril 2014.

Ce faisant, la Cour de céans a limité son examen à un seul des moyens de la requérante. Les autres moyens n'ont pas été examinés.

F. LA QUATRIÈME DÉCISION DU 9 JUILLET 2019 – LA DÉCISION ATTAQUÉE

22. Le **9 juillet 2019**, soit **moins d'un mois** après l'arrêt d'annulation du 12 juin 2019, le Conseil de l'IBPT a adopté la Décision Attaquée.

Dans cette décision, l'IBPT reproduit un passage de l'arrêt prononcé le 12 juin 2019 par la Cour de céans. L'IBPT procède ensuite à une analyse du dit arrêt, en relevant ce qui suit :

« Il ressort de l'extrait de l'arrêt de la Cour des marchés cité au point 4 que la Cour des marchés a annulé la décision d'analyse de marché pour des raisons de procédure. À savoir une violation de l'arrêt royal du 19 avril 2014 portant règlement d'ordre intérieur du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications en raison du non-respect de certaines étapes de la procédure au stade final de l'adoption de la décision d'analyse de marché par le Conseil de l'IBPT, lors de l'adoption par vote électronique de la décision d'analyse de marché. Il s'agit d'une modalité formelle pour l'adoption du texte, qui intervient après la phase de rédaction du projet de décision, notamment après les diverses consultations de la procédure administrative. »⁶⁸

De manière assez rapide, l'IBPT en déduit que les étapes ayant précédé l'adoption de la Décision du 7 décembre 2018 seraient valides et qu'en conséquence, il ne faudrait pas « repasser » par ces diverses étapes.

« L'ensemble du processus décisionnel ayant précédé l'adoption de la décision finale par l'IBPT s'est donc déroulé selon les règles et ne doit pas être réitéré pour la réadoption de la décision annulée. »

L'IBPT poursuit en indiquant qu'il n'y aurait pas lieu non plus de procéder à une nouvelle analyse de marché, dès lors que la Cour de céans n'a pas critiqué celle réalisée en 2017 et que l'IBPT n'aurait pas identifié de nouveaux développements.

« La Cour des marchés n'a toutefois pas abordé le contenu de la décision d'analyse de marché annulée et n'a donc pas critiqué celle-ci a fortiori. La présente décision ne modifie pas le contenu de la décision d'analyse de marché ni sa conclusion. L'IBPT n'a pas identifié de nouveaux développements ou évolutions récents sur les marchés concernés qui l'obligeraient à revoir le contenu ou la motivation de l'analyse. »⁶⁹

La requérante ignore si l'IBPT a effectivement réalisé un nouvel examen de la situation.

Sur la base de ces considérations, l'IBPT estime pouvoir faire usage de l'article 14, § 2, 6° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges ainsi que ses modifications successives (la « Loi Statut »). Cet article précise que :

« Dans le cadre de ses compétences, l'Institut : (...)

⁶⁸ Décision Attaquée, § 9.

⁶⁹ Décision Attaquée, § 10.

6° l'Institut peut procéder, en respectant les motifs de l'annulation et sans modifier l'étendue de son champ d'application, à la réfection d'une décision annulée par une autorité juridictionnelle lorsque, du fait de cette annulation, un ou plusieurs des objectifs visés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont plus réalisés. »

L'IBPT procède, en d'autres termes, à la réfection de la Décision du 7 décembre 2018. Il adopte à nouveau cette Décision, en n'en modifiant aucun point.

X. MOYENS DE LA REQUERANTE

A. A TITRE LIMINAIRE – EFFETS DE LA DECISION DU 9 JUILLET 2019 PORTANT REFECTION

23. Comme l'intitulé de la Décision Attaquée l'indique, l'IBPT a décidé de prendre une nouvelle décision portant réfection de la Décision du 7 décembre 2018. L'IBPT précise que la Décision Attaquée:

« (...) a pour objectif d'adopter à nouveau la décision d'analyse de marché annulée par la Cour des marchés en tenant compte des motifs avancés par cette dernière pour l'annulation de l'analyse de marché précédente de 2018. »⁷⁰

L'IBPT poursuit, en indiquant au Chapitre 4, de cette Décision, que :

« Compte tenu de ce qui précède, l'IBPT ré adopte par la présente la décision du Conseil de l'IBPT du 7 décembre 2018 relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée, telle qu'annexée à la présente décision. »⁷¹

La Décision Attaquée reprend, en d'autres termes, l'intégralité de la Décision du 7 décembre 2018, en la purgeant uniquement du vice qui a justifié l'annulation prononcée par l'arrêt du 12 juin 2019 rendu par la Cour de céans. Cette réfection autorise dès lors la requérante à former un recours contre la Décision Attaquée, au sens strict, mais également la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la teneur de la Décision du 7 décembre 2018. La Décision Attaquée constitue tout à la fois (i) un acte nouveau, créant des effets juridiques nouveaux après l'annulation de la décision antérieure et tout à la fois (ii) la réitération de cette même décision antérieure.

Les moyens développés par la requérante, dans la présente requête, seront dès lors dirigés tout à la fois contre la Décision Attaquée, au sens strict, et contre la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la teneur de la Décision du 7 décembre 2018. Les trois premiers moyens visent la Décision Attaquée, au sens strict, les moyens suivants visant quant à eux la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018.

B. ABSENCE DE MOTIVATION MATERIELLE (PREMIER MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DECISION ATTAQUÉE

24. En vertu du principe général de motivation matérielle des actes administratifs, qui est un principe de bonne administration, toute décision administrative doit posséder une base solide, c'est-à-dire qu'elle doit être fondée sur des motifs qui sont juridiquement et factuellement acceptables et qui,

⁷⁰ Décision Attaquée, § 5.

⁷¹ Décision Attaquée, § 13.

en cas de litige, doivent pouvoir être prouvés⁷². Une motivation adéquate repose sur des motifs en fait et en droit qui sont justes, pertinents et légalement admissibles⁷³ et qui, de surcroît, permettent de vérifier la ou les raisons pour lesquelles une décision ou un acte administratifs ont été adoptés⁷⁴.

Dans la Décision Attaquée, l'IBPT prétend avoir pris en compte les circonstances de fait existantes au jour de son adoption. Le paragraphe 10 de la Décision Attaquée est en effet rédigé comme suit :

« La Cour des marchés n'a toutefois pas abordé le contenu de la décision d'analyse de marché annulée et n'a donc pas critiqué celle-ci a fortiori. La présente décision ne modifie pas le contenu de la décision d'analyse de marché ni sa conclusion. L'IBPT n'a pas identifié de nouveaux développements ou évolutions récents sur les marchés concernés qui l'obligeraient à revoir le contenu ou la motivation de l'analyse. »

Sur la base de ces éléments et notamment sur la base du constat suivant lequel rien n'aurait évolué depuis l'adoption de la Décision du 7 décembre 2018, l'IBPT considère qu'il peut reprendre purement et simplement cette même Décision du 7 décembre 2018.

25. Force est toutefois de constater que, dans la Décision Attaquée, l'IBPT ne fournit aucune indication ni *a fortiori* aucune preuve permettant de considérer qu'il a effectivement procédé à un examen des éventuelles évolutions sur les marchés concernés entre l'arrêt d'annulation du 12 juin 2019 et le 9 juillet 2019. L'IBPT prétend avoir exercé à un nouvel examen mais n'indique, dans la Décision Attaquée, aucune circonstance de fait précise et pertinente qui permette de s'en convaincre. La requérante est en droit d'en douter dès lors qu'il ne s'est écoulé qu'une vingtaine de jours entre ces deux dates.

Ce faisant, la motivation matérielle de la Décision Attaquée n'apparaît être qu'une motivation de pure forme, sans base factuelle réelle.

Dans ces conditions, il convient d'annuler la Décision Attaquée.

C. ABSENCE D'ACTUALISATION EFFECTIVE DES MESURES PREPARATOIRES – ABSENCE DE MOTIVATION MATERIELLE ET ATTEINTE AU DEVOIR DE MINUTIE – VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES (DEUXIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

26. Suivant la jurisprudence du Conseil d'état, lorsqu'une autorité administrative prend un acte portant réfection d'un acte administratif annulé par le Conseil d'état, ce dernier acte constitue un acte juridique nouveau qui doit être adopté compte tenu des règles de droit applicables et des circonstances de fait existantes au jour de son adoption⁷⁵. En d'autres termes, l'autorité qui reprend la décision annulée, en vue de procéder à sa réfection, doit actualiser les mesures d'instruction qui seraient entre-temps devenues périmées⁷⁶. Le but de cette actualisation est de permettre à l'administration de s'assurer de la pertinence et de l'adéquation des motifs de la nouvelle décision⁷⁷. Ces principes sont applicables en cas de recours en annulation formé à l'encontre d'une autorité de régulation⁷⁸.

⁷² C.E., 6 mars 2008, n° 180.548.

⁷³ C.E., 6 juillet 1974, n° 16.592 ; 25 novembre 1991, n° 38.157.

⁷⁴ J. JAUMOTTE, « Les principes généraux de la jurisprudence administrative », in *Le conseil d'Etat en Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 636-638.

⁷⁵ Voy. par ex. : C.E. 28 sept. 2017, n° 239.255 ; 14 févr. 2014 (Jean Dewit / Belgische Staat), n° 226.440.

⁷⁶ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, v° réfection, pp. 223-224.

⁷⁷ C.E. (8e ch.), 20 oct. 2017, n° 239.478, (Mahi Yacob / la Communauté française).

⁷⁸ X. TATON, *Les recours juridictionnels en matière de régulation – Energie, communications électroniques, audiovisuel, transports, finance et concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 218, n° 239.

27. Comme précisé ci-dessus, l'IBPT prétend, dans la Décision Attaquée, qu'il

« (...) n'a pas identifié de nouveaux développements ou évolutions sur le marché considéré qui l'obligeraient à revoir le contenu ou la motivation de l'analyse. »⁷⁹

A supposer même que cette affirmation puisse être démontrée par l'IBPT (ce qui implique la preuve d'un examen effectif et réel de la situation du marché aux mois de juin et juillet 2019), il n'en demeure pas moins que le prétendu nouvel examen réalisé par l'IBPT n'a pu, en tout état de cause, qu'être très bref et très succinct. L'IBPT n'a disposé en tout et pour tout que d'une vingtaine de jours, pour examiner les deux marchés concernés par la Décision Attaquée et vérifier si ces deux marchés n'auraient enregistré aucune évolution depuis le début de la procédure d'analyse de marché en date du 27 décembre 2017.

Dans un même ordre d'idée, l'IBPT n'a disposé que d'un laps de temps très court pour examiner s'il était nécessaire ou opportun de solliciter éventuellement l'avis du secteur et des opérateurs concernés et de l'Autorité Belge de la Concurrence, des autres ARN⁸⁰ et de l'ORECE, lesquels pourraient avoir une opinion précise sur les évolutions de ces deux marchés. En d'autres termes, l'IBPT part du principe que les actes préparatoires à la Décision du 7 décembre 2018 garderaient prétendument toute leur actualité et leur pertinence.

Cette manière de procéder n'est pas conforme au devoir de minutie qui doit être respecté par l'IBPT.

Il est en outre évident que l'IBPT n'a pas pu s'assurer correctement et valablement de la justesse, de la pertinence et de l'adéquation des motifs de la Décision Attaquée.

Dans ces conditions, il convient d'annuler la Décision Attaquée.

**D. ABSENCE D'ACTUALISATION EFFECTIVE DES MESURES PREPARATOIRES –
– VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES (TROISIÈME MOYEN) – ANNULATION
TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE**

28. L'absence d'actualisation réelle des mesures préparatoires et, singulièrement de l'analyse de marchés et des consultations obligatoires n'apparaît pas non plus conforme aux articles 55, §§ 1^{er} et 4, et 141 et suivants de la LCE.

Le principe qui sous-tend ces dispositions est que l'IBPT prenne une décision en s'assurant, au préalable, de l'état actuel du marché qu'il entend réguler ou déréguler ainsi que de ses évolutions possibles, eu égard aux données actuelles. Le point 17 des Lignes Directrices 2018, auxquelles l'article 55, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la LCE renvoie expressément, précise que les ARN doivent tenir compte des conditions de marché existantes ainsi que de l'évolution des marchés, escomptée ou prévisible. Le point 19 de ces mêmes Lignes Directrices poursuit en imposant aux ARN de prendre en considération les données antérieures et actuelles du marché. Enfin, le point 20 de ces mêmes Lignes Directrices énonce que l'approche préconisée est une approche dynamique et non statique.

En se contentant, de manière lapidaire, à énoncer qu'il n'y a pas de nouveaux développements ou évolutions sur les marchés concernés par la Décision Attaquée et la Décision antérieure du 7 décembre 2018, l'IBPT escamote les procédures de consultation et de notification qui sont précisément destinées à s'assurer que les mesures qu'il entend prendre (la dérégulation) sont des mesures justifiées par l'état actuel et l'évolution prévisible de ces marchés.

⁷⁹ Décision Attaquée, § 10.

⁸⁰ La requérante tient à préciser que l'ARN irlandaise a pris le 22 mai 2019 une décision contraire à l'IBPT. Voy. **pièce 18**.

Ce faisant l'IBPT viole les dispositions des articles 8/1, § 1^{er}, a), 55, § 1^{er}, et 141 de la LCE. Ce faisant, l'IBPT méconnaît également les formes substantielles de consultation et notification obligatoires.

Dans ces conditions, il convient d'annuler la Décision Attaquée.

E. VIOLATION D'UNE FORME SUBSTANTIELLE - ABSENCE DE NOTIFICATION ET DE CONSULTATION DE L'ORECE ET DES AUTRES REGULATEURS (QUATRIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018

29. Dans le cadre du précédent recours de la requérante à l'encontre de la Décision du 7 décembre 2018, l'IBPT avait indiqué avoir « notifié » aux autres ARN et à l'ORECE un projet de décision qui allait donner lieu à la Décision du 7 décembre 2018. L'IBPT avait indiqué n'avoir fait usage que du formulaire abrégé de notification prévu par la Recommandation du 15 octobre 2018⁸¹.

Dans ce cadre, l'IBPT avait également produit l'extrait suivant de la plateforme CIRCA, mentionnant la communication par l'IBPT d'un projet de décision en date du 30 octobre 2018.

Annex nr 1: An extract from Article 7 / 7a notification register

Nr. Crt.	NRA	Date of uploading	Notification	Brief Description
78	BIPT - Belgium BE/2018/2124	30/10/2018	Markets 1 and 2 of 2007 Recommendation - Market review.	The three criteria test is not met as a whole and the markets are considered to be non susceptible to ex ante regulation. The obligations imposed are withdrawn.
79	Spain - CNMC ES/2018/2125	31/10/2018	Market 2 of 2007 Recommendation - Remedies	CNMC has reviewed Telefónica's Reference Interconnection Offer based on IP technology (IP-RIO). This offer has been updated to include the wholesale origination services, as established in the wholesale market for call origination on the fixed public telephone network in Spain. CNMC has reviewed Telefónica's Reference Interconnection Offer based on TDM technology (TDM-RIO). This offer has been updated the wholesale origination services, as established in the wholesale market for call origination on the fixed public telephone network in Spain.

Cet extrait était par ailleurs reproduit dans les conclusions prises par l'IBPT.

30. La communication du projet de décision apparaît ainsi avoir été réalisée de manière extrêmement succincte et imprécise. Cette communication mentionne que l'IBPT avait procédé à une analyse des marchés 1 et 2 mais n'indique nullement qu'une dérégulation du marché de départ d'appel pour les VAS était également envisagée.

Cette communication n'apparaît dès lors pas conforme à l'article 141 de la LCE et à l'article 7.3 de la Directive Cadre. En se limitant à des informations parcellaires et incomplètes, les autres ARN et l'ORECE ne sont pas effectivement « *mis en possession* » du projet de décision et de toutes les données concernant ce projet de décision. Dans un même ordre d'idée, l'IBPT ne coopère pas réellement avec les autres ARN et l'ORECE⁸².

Il y a donc violation tant de la « loi » que des formes substantielles prévues et imposées par la loi⁸³.

31. Dans le cas présent, la violation de cette formalité apparaît d'autant plus étonnante que, lors de la consultation publique, la requérante avait expressément invité l'IBPT à consulter l'ARN

⁸¹ Recommandation de la Commission du 15 octobre 2008 concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

⁸² Voy. L. Statut du 17 janvier 2003, art. 14, § 2, 3°.

⁸³ LCE, art. 141, §§ 1 et 2 ; Recommandation ORECECE, art. 1.3. et 11, a) ; Directive Service, art. 7.7.

néerlandaise, afin de connaître sa position sur l'évolution du marché d'appels vers les numéros non géographiques (VAS). La requérante avait également invité l'IBPT à tenir compte des avis et recommandations de l'ORECE (**pièce 3**). Force est de constater que, bien qu'informé de l'intérêt (sinon de l'obligation) de notifier le projet de décision et de consulter d'autres ARN et l'ORECE, l'IBPT a adopté la Décision du 7 décembre 2018 sans ce faire.

32. Pour le surplus, l'annulation doit porter sur l'intégralité de la Décision du 7 décembre 2018, eu égard au fait que l'obligation décrite ci-dessus s'appliquait aux deux analyses de marché contenues dans la Décision du 7 décembre 2018.

F. MECONNAISSANCE DES REGLES DE PREUVE POUR PROCEDER A LA DEREGULATION - ERREURS MANIFESTES D'APPRECIATION (CINQUIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)

33. La requérante a rappelé plus haut les règles probatoires applicables en la matière (point VIII.C.). En l'espèce, il y a lieu de constater que l'IBPT méconnaît ces règles probatoires. Dans les étapes préparatoires ayant mené à l'adoption de la Décision du 7 décembre 2018 et de la Décision Attaquée, l'IBPT ne livre aucune « *preuve manifeste* » d'une évolution vers une concurrence effective sur le marché 2. L'IBPT perd en outre de vue que, dans la mesure où il supporte la charge de la preuve d'une telle évolution, il doit livrer une démonstration exempte de tout doute et fondée sur des éléments factuels sinon irréfutables, à tout le moins vérifiables.

34. Premièrement, au point 10.2.2 de la Décision du 7 décembre 2018, l'IBPT procède à une **analyse très succincte** de la substituabilité entre les services de gros de départ d'appel proposés selon les différentes méthodes techniques. La Décision du 7 décembre 2018 se borne en effet à considérer qu'il y a une substituabilité dans ce cas, sans prendre la peine d'énumérer ou, à tout le moins, de décrire les méthodes techniques prises en considération⁸⁴.

L'examen de l'IBPT pêche dès lors par une très sérieuse lacune, qui vicie son raisonnement. Le raisonnement de l'IBPT ne se fonde pas sur des éléments concrets mais sur une affirmation sans fondement factuel.

35. Deuxièmement, l'IBPT invoque, de manière tronquée, la baisse de l'utilisation des appels vers des numéros non géographiques⁸⁵, la baisse de la part de marché de PROXIMUS⁸⁶ ou encore la possibilité de recourir aux appels téléphoniques mobiles, pour arriver à la conclusion que le marché du départ d'appel serait devenu concurrentiel.

Ces éléments ne sont pas justifiés.

S'il est vrai que le trafic d'appels fixe diminue et que les appels peuvent être effectués à partir de téléphones mobiles, il convient de souligner deux points.

- Le premier est que le constat de l'IBPT n'est guère étayé par des arguments précis et convaincants. Dans la Décision Attaquée, **l'IBPT utilise le conditionnel** pour (tenter) d'expliquer cette diminution. Ainsi, selon l'IBPT,

« le rétrécissement du marché » **pourrait**⁸⁷ être « vu comme un signal d'évolution du marché vers une situation de concurrence effective de par la concurrence de formes de communications alternatives. »⁸⁸

⁸⁴ Décision du 7 décembre 2018, § 373. On relèvera que d'autres ARN ont procédé à cet examen de manière minutieuse, notamment l'ARN néerlandaise.

⁸⁵ Décision du 7 décembre 2018, §§ 411-412.

⁸⁶ Décision du 7 décembre 2018, §§ 413 et 418.

⁸⁷ L'IBPT utilise le conditionnel.

« la diminution de la demande et la diminution de la part de marché de PROXIMUS **peuvent** donc s'expliquer par un déplacement des appels de téléphonie fixe vers d'autres manières de joindre les services à valeur ajoutée. »⁸⁹

- Le deuxième est que la diminution constatée peut s'expliquer par divers éléments.

Primo, les opérateurs mobiles belges ont systématiquement augmenté les tarifs de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques, en l'absence de réglementation en Belgique (une situation qui s'est également produite dans d'autres États membres de l'UE, et qui est récemment survenue dans le sillage d'une dérégulation du départ d'appels fixes non géographiques aux Pays-Bas). Cette augmentation a, de la sorte, créé un goulot d'étranglement pour les éditeurs de contenus et les opérateurs offrant des numéros non géographiques.

Les retenues financières (versements financiers) réalisées par les opérateurs mobiles belges, pour le départ d'appel mobile vers les services VAS, ont ainsi augmenté et ont, en conséquence, diminué la part revenant aux autres opérateurs et aux éditeurs de contenus, qui interviennent aussi dans la chaîne de valeur.

La diminution du volume d'appel vers les numéros non géographiques s'explique par ce facteur.

En d'autres termes, la diminution constatée dans la fourniture de services VAS n'est pas (uniquement) la résultante d'une utilisation prétendument accrue des solutions de remplacement. D'autres facteurs économiques expliquent cette diminution. Ces facteurs économiques contredisent l'affirmation de l'IBPT suivant laquelle la baisse de trafic vers les services VAS témoignerait d'une prétendue concurrence accrue.

Secundo, l'encadrement réglementaire belge des VAS a également créé un véritable effet dissuasif pour la fourniture de certains services VAS. A titre d'exemple, sous l'empire de l'arrêté royal du 9 février 2011 établissant le Code d'éthique pour les télécommunications (abrogé par l'arrêté du 12 décembre 2018 déjà cité), les services d'astrologie, de prédiction d'avenir et de voyance ont été assimilés à des divertissements par la réglementation belge. En conséquence de cette assimilation, les entreprises fournissant de tels services ne pouvaient être rémunérés que sur la base d'un tarif forfaitaire maximal de 2,00 € par appel. Un tel tarif constitue un obstacle au déploiement de ces services. A titre d'exemple encore, la réglementation belge a multiplié les obligations administratives à la charge des opérateurs offrant des numéros surtaxés. L'article 116/1, § 2, de la LCE oblige ainsi ces opérateurs à constituer un registre de leurs éditeurs de contenus. L'arrêté royal du 12 décembre 2018 les oblige par ailleurs à mettre en œuvre une procédure de traitement des plaintes et à devoir supporter certaines sanctions financières.

La diminution du volume d'appel vers les numéros non géographiques s'explique par ce facteur. S'il était intéressant, pour un opérateur, d'ouvrir des numéros non géographiques, par le passé, cela s'avère être moins le cas, compte tenu des contraintes et des obstacles mis à la réalisation des services VAS.

L'examen de l'IBPT sur ce point participe d'un **a priori non démontré** et d'une vision tronquée des questions liées à la fourniture des services VAS, de la chaîne de valeur et des marchés liés. Rien ne permet d'indiquer que l'IBPT ait procédé à une véritable analyse de marché, correcte et complète. Encore une fois, la requérante rappelle qu'elle avait attiré l'IBPT sur ce point, en relevant le fait que l'IBPT procédait par « *copié/collé* » dans l'analyse de marché (**pièce 3**).

⁸⁸ Décision du 7 décembre 2018, § 425.

⁸⁹ Décision du 7 décembre 2018e, § 431.

36. Dans un même ordre d'idée, la baisse de part de marché de PROXIMUS sur le secteur ne confirme nullement l'existence d'un marché concurrentiel ou l'absence de barrières à l'entrée, pour le déploiement du marché de départ d'appel. Cette baisse de part de marché peut s'expliquer par des facteurs identiques ou similaires à ceux évoqués au point précédent. Cette baisse de part de marché d'un seul opérateur ne permet pas non plus d'assurer que la disparition des nombreuses barrières à l'entrée relevées dans la Décision du 11 août 2006 :

« Le problème principal identifié lors de l'analyse de marché est la présence de barrières à l'entrée élevée que constitue l'investissement nécessaire pour dupliquer le réseau très capillaire et étendu de l'opérateur historique, créé lors d'une époque où l'opérateur bénéficiait de droits exclusifs. Imposer à l'opérateur puissant l'obligation d'offrir des services de gros aux opérateurs alternatifs est donc nécessaire pour permettre le développement d'une concurrence au niveau des services qui apportera aux utilisateurs finals un choix satisfaisant de services concurrentiels, tout en promouvant l'investissement efficace et l'innovation par les concurrents de l'opérateur puissant. Lors de l'accès au réseau de l'opérateur puissant, les opérateurs alternatifs risquent de rencontrer les problèmes suivants :

- refus d'accorder l'accès et l'interconnexion, ou retrait de l'accès,
- emploi discriminatoire des ressources du réseau de l'opérateur historique et réticence d'échanges d'informations
- des retards injustifiés dans la négociation ou la livraison
- conditions de fourniture injustifiées
- utilisation des prix anticoncurrentiels
- discrimination qualitative
- couplage de services de manière injustifiée
- utilisation illégitime d'informations concernant les concurrents. » (pièce 4)⁹⁰

L'analyse de l'IBPT à l'époque reste applicable. Les mêmes barrières à l'entrée continuent en effet d'exister, quelle que soit la part de marché de ces opérateurs.

En tout état de cause, l'IBPT ne démontre pas que cette analyse, datant de 2006, ne serait plus pertinente.

37. Troisièmement, l'IBPT se contente d'une **affirmation non démontrée** pour prétendre qu'à l'avenir, les appels vers les VAS pourront être remplacés par les chatbots (AI)⁹¹ avec Internet ainsi que par l'Internet mobile⁹². L'IBPT n'a pas engagé de réelle analyse de marché à ce sujet, et ne produit **aucun élément objectif et tangible**. Il ne cite qu'une seule étude d'un consultant/intégrateur, vendeur de solutions dans ce secteur (lequel possède un intérêt à démontrer l'intérêt des chatbots). La Décision du 7 décembre 2018, sur ce point, manque cruellement d'une motivation adéquate et pertinente.

En outre, cette affirmation témoigne d'une méconnaissance flagrante dans le chef de l'IBPT du secteur des services VAS. L'IBPT omet en effet de relever qu'il existe deux catégories distinctes de services VAS : les services automatisés ou robotisés et les services « live ». Les services automatisés ou robotisés peuvent être réalisés au moyen de messages préenregistrés ou pouvant être sélectionnés par l'appelant. Les services d'horoscope quotidien en sont un bel exemple : l'appelant forme un numéro et accède au message préenregistré qui correspond à son signe astrologique en sélectionnant un numéro proposé. Les services « live » nécessitent, quant à eux, une intervention humaine directe. Les services de conseils ou d'aides en ligne, pour répondre aux questions de l'appelant, en sont un bel exemple. Contrairement à ce que prétend l'IBPT, les services « live » ne pourront jamais être remplacés par les chatbots ou l'Internet mobile. De même, l'IBPT omet de relever que les services VAS incluent également des services de paiement ou de micro-paiement (l'appelant « paie » le service provider par le biais de ses

⁹⁰ Décision du 11 août 2006, pp. 148-149.

⁹¹ Décision du 7 décembre 2018, §§ 419-421.

⁹² Décision du 7 décembre 2018, §§ 423-424

factures de communications téléphoniques). Ces services ne peuvent être remplacés ou « substitués » par les chatbots ou l'internet mobile. Les chatbots et l'internet mobile ne constituent pas une solution de rechange aussi sûre et réglementée que les services de paiement VAS. Ce fait a d'ailleurs été expressément reconnu par l'IBPT dans son Rapport final pour une analyse d'impact ex post de la réglementation fédérale belge en matière de protection des consommateurs en droit des communications électroniques du 10 août 2017. Dans ce rapport, l'IBPT relève que les autres solutions proposées aux consommateurs (comme l'internet avec le paiement d'une carte de crédit) ne sont pas soumises aux mêmes règles éthiques⁹³.

38. La requérante tient à préciser qu'elle avait spécifiquement attiré l'attention de l'IBPT sur la nécessité de procéder à une analyse effective et réelle du marché des services VAS. Dans ses observations à la consultation organisée suite à la publication du projet de décision, la requérante avait ainsi indiqué :

« 17. Nous constatons que le projet de décision de l'IBPT ne définit pas formellement le marché de gros du départ d'appel en gros pour la fourniture de SVA. En fait, l'IBPT semble disposer d'un matériel standard copié-collé sur les distinctions entre les marchés fixe et mobile, les marchés de départ et de transit, la dimension géographique, etc. 3STARSNET considère qu'il s'agit d'une **grave défaillance réglementaire** de la part de l'IBPT. Il est clair que l'IBPT a encore beaucoup à faire pour comprendre et exprimer l'économie spécifique du marché du départ d'appel SVA en gros, avant que l'IBPT puisse adopter une décision à ce sujet. » (**pièce 3**)

L'IBPT n'a pas donné suite à cette observation.

39. La méconnaissance de ces règles probatoires, dont la requérante ne fournit que quelques exemples dans la présente requête, constitue une violation des Recommandations 2007 et 2014 de la Commission européenne, dont l'IBPT doit assurer le respect dans l'exercice de ses missions régulatrices⁹⁴. Se contenter de conditionnels, d'affirmations non démontrées ou de vagues allégations n'équivaut pas à livrer des « preuves manifestes ». Cette méconnaissance des règles probatoires démontre également que l'IBPT a commis de nombreuses erreurs d'appréciation, tant en ce qui concerne la charge probatoire que les éléments factuels qu'il devait récolter et analyser, pour asseoir la Décision du 7 décembre 2018.

Il y a dès lors lieu d'annuler la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018. L'annulation doit porter sur la partie de cette dernière décision, relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

G. DÉFAUT DE MOTIVATION ET MAUVAIS USAGE DES COMPÉTENCES - ERREURS MANIFESTES D'APPRECIATION – MÉCONNAISSANCE DES DEVOIRS DE MINUTIE ET DE PRUDENCE (SIXIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)

40. Dans la Décision du 7 décembre 2018 – et c'est d'ailleurs **le point le plus fondamental**, l'IBPT méconnaît les différences entre le marché de gros de départ d'appels CS/CPS (départ d'appels fixe) et le marché de gros de départ d'appels VAS (numéros non géographiques). L'IBPT procède **par amalgame**, en examinant ces deux marchés comme n'étant qu'un seul marché, alors que chacun de ceux-ci présente des spécificités propres au niveau de la demande, au niveau de l'offre, au niveau du modèle économique des opérateurs. L'IBPT rappelle pourtant dans d'autres décisions que les services VAS partent d'« *une autre logique économique* »⁹⁵. Singulièrement, le

⁹³ P. 125, consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/22285/Analyse_impact.pdf.

⁹⁴ Voy. LCE, art. 8/1, § 2 et 55, § 1^{er}.

⁹⁵ Décision du Conseil de l'IBPT du 20 novembre 2018 – Analyse du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée, consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/22663/FTR-2018_publicque_FR.pdf, § 195 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 2 mars 2012 concernant l'analyse de marché du marché de la terminaison d'appel sur le réseau

chapitre 10.2. de la Décision du 7 décembre 2018, et plus précisément les points 357, 358, 360 et 361, de celle-ci démontrent cet amalgame.

Ce faisant, l'IBPT a méconnu divers éléments factuels importants, notamment :

- La différence existante entre les deux marchés « amalgamés » au niveau de la demande et de l'offre de services ;
- La circonstance que, sur le marché de gros de départ d'appel VAS, la prestation de départ d'appel est indissociable de la fourniture des services VAS fournis au moyen de ce numéro non géographique ;
- L'existence d'une chaîne de valeur et de reversements spécifique pour le marché de gros de départ d'appel VAS ;
- La position monopolistique des opérateurs de départ d'appel, qui peuvent empêcher les appels vers les numéros VAS et opérer comme un goulet d'étranglement des appels vers les numéros VAS ;
- L'absence de prise en compte des contraintes concurrentielles spécifiques sur le marché de gros de départ d'appel VAS ;
- L'absence de prise en compte des contraintes liées à l'interconnexion et à la nécessité pour les divers opérateurs actifs sur le marché de départ d'appel VAS de contracter entre eux ;
- L'absence de prise en compte de la clientèle réelle concernée par le départ d'appel vers les numéros VAS (à savoir les éditeurs de contenus), de son pouvoir de négociation et de ses contraintes ;
- L'absence d'analyse réelle et complète des substituts aux appels VAS.

Dans ses conclusions prises dans le cadre du litige antérieur, la requérante a pris le soin d'exposer, point par point, les lacunes dans le raisonnement de l'IBPT.

L'examen réalisé par l'IBPT (qui n'est pas complété par une analyse plus actuelle, si l'on s'en réfère à la Décision Attaquée) tranche singulièrement avec l'analyse que d'autres ARN ont réalisées sur ce même marché de gros de départ d'appel VAS. La requérante produit, entre autres, les décisions des ARN française, néerlandaise et irlandaise.

- L'ARN française a pris le soin de dégager consciencieusement les caractéristiques des appels VAS, de la chaîne de valeur et de reversement (**pièces 11 et 12**) ; ce que l'IBPT n'a pas fait
- L'ARN néerlandaise a pris le soin d'analyser chacun des substituts potentiels aux appels vers les services VAS, leurs caractéristiques et leurs avantages et défauts (**pièce 14**) ; ce que l'IBPT n'a pas fait ;
- L'ARN irlandaise a pris le soin d'analyser le pouvoir des opérateurs et les contraintes concurrentielles spécifiques existantes sur le marché des appels VAS (**pièces 17 et 18**) ; ce que l'IBPT n'a pas fait.

41. Les lacunes et omissions, très graves, couplées aux approximations et amalgames exercent une influence sur l'analyse des trois critères permettant d'imposer ou de lever une régulation *ex ante* qui est réalisée au chapitre 11 de la Décision Attaquée. L'IBPT a commis des erreurs manifestes d'appréciation en méconnaissant les caractéristiques du marché qu'il entendait réguler. L'approche de l'IBPT démontre en outre que l'IBPT méconnaît le principe de la motivation matérielle, adéquate et pertinente. Enfin, l'IBPT apparaît avoir violé le devoir d'agir avec minutie⁹⁶

téléphonique en position déterminée, p. 45, disponible sur <http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/telephonie-fixe/analyse-de-marche-services-de-terminaison-fixe-2012/decision-du-conseil-de-l-4367>

⁹⁶ Sur cette question, voy. DE JONGHE et P. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif, social – questions choisies », in *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 23 et s.

ou avec prudence⁹⁷, qui est l'un des principes de bonne administration. Ce devoir impose à toute administration de veiller, avant d'arrêter une décision, de recueillir toutes les données utiles de l'espèce et de les examiner soigneusement⁹⁸. Le but est de pouvoir prendre une décision en parfaite connaissance de cause⁹⁹. Ce devoir requiert que l'administration procède à un examen complet et particulier des données de l'espèce, avant de prendre une décision¹⁰⁰.

Pour ces raisons, il y a lieu d'annuler la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018. L'annulation doit porter sur la partie de cette dernière décision, relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

H. ABSENCE DE PROMOTION D'UNE CONCURRENCE DURABLE ET EFFICACE ET/OU AU PROFIT DU CONSOMMATEUR – DISCRIMINATION (SEPTIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)

42. La Décision du 7 décembre 2018 (telle que reprise par la Décision Attaquée) lève toutes les obligations imposées à PROXIMUS, l'opérateur puissant, sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques, tandis que l'IBPT reconnaît la position dominante de PROXIMUS. Cette Décision amène dès lors un risque sérieux d'effets pervers pour ce marché.
43. Le marché des appels fixes VAS peut être un marché concurrentiel, pour autant qu'il soit encadré. Tant l'IBPT que l'ORECE relèvent que les opérateurs fixes se concurrencent pour héberger des « service providers »¹⁰¹. PROXIMUS est, à cet égard, **un concurrent direct** de la concluante et d'autres opérateurs alternatifs proposant des numéros non géographiques à leurs clients. Il en va de même des opérateurs de départ d'appel qui proposent également des numéros VAS à leurs clients.

Le marché des services VAS se caractérise par des éléments spécifiques, sur le plan tarifaire. Les tarifs appliqués aux utilisateurs finaux sont des tarifs supérieurs qui sont strictement réglementés. L'arrêté précité du 27 avril 2007, dit arrêté « numérotation », fixe des tarifs de communications maximaux. Ces tarifs maximaux constituent une enveloppe fermée, dans laquelle chaque intervenant dans la chaîne de valeur doit puiser sa rémunération : l'opérateur de départ de l'appel, l'opérateur de transit, l'opérateur de terminaison de l'appel, le « service provider » et, le cas échéant, les hébergeurs ou agrégateurs.

La dérégulation du marché de départ de l'appel risque d'entraîner un risque d'augmentation des tarifs pratiqués par l'opérateur de départ de l'appel, et en particulier PROXIMUS. Cela s'est d'ailleurs vu lors des incidents concernant les appels vers les VAS à partir des mobiles. Pareille augmentation ne peut pas se répercuter sur l'utilisateur final, compte tenu de l'arrêté précité du 27 avril 2007. Cette augmentation ne peut dès lors que se répercuter sur les autres intervenants dans la chaîne de valeur, sous la forme d'une diminution de leur rémunération.

Cette situation aura dès lors un impact négatif pour les divers intervenants. Ainsi, en cas d'augmentation par PROXIMUS de ses tarifs de départ d'appel fixe vers les numéros VAS, l'opérateur concurrent de PROXIMUS, qui met des numéros surtaxés ou non géographiques à la

⁹⁷ Pour un exemple, voy. C.E. (7e ch.) n° 239.416, 17 octobre 2017 (Toon Denayer, Willy Dewaele, Anneleen Vanden Boer, e.a. / Vlaamse Gewest), *M.E.R.* 2018, liv. 1, 25, note JACOBS, S., VANHEUSDEN, B.; <http://www.raadvst-consetat.be> (12 mars 2018); *R.W.* 2017-18 (sommaire), liv. 28, 1111 et <http://www.rw.be/> (12 mars 2018); *T.M.R.* 2018, liv. 1, 129.

⁹⁸ C.E. (12e ch.) n° 130.662, 27 avril 2004, *A.P.M.* 2004 (sommaire), liv. 5, 99; *O.C.M.W.-Visies* 2007 (sommaire), liv. 2, 68; <http://www.raadvst-consetat.be> (30 septembre 2005); *R.W.* 2006-07, liv. 33, 1359 et http://www.rw.be (18 avril 2007), note DENYS, S.

⁹⁹ C.E., 23 février 1996, n° 58.328, *Hadad*.

¹⁰⁰ C.E., 31 mai 1979, n° 19.671, *S.A. Integan*.

¹⁰¹ Décision du 7 décembre 2018, § 352.

disposition d'un « service provider », n'aura d'autre choix que de diminuer sa propre rémunération ou de diminuer la rémunération de son client « service provider ».

- a. *La première option est néfaste pour ce concurrent* : elle entraîne une diminution des revenus de ce concurrent et peut, à terme, poser la question de la viabilité de son activité sur ce marché. L'élimination d'un tel concurrent (tel que 3STARSNET) permettra à PROXIMUS d'augmenter encore sa rémunération, au détriment du consommateur, et au détriment de la concurrence.
- b. *La seconde option est néfaste pour ce concurrent et pour son client « service provider »*. Le « service provider » risque de ne pas accepter la diminution de sa rémunération et décider de s'en aller chez un autre concurrent qui propose des tarifs plus avantageux. Le concurrent de PROXIMUS sera, quant à lui, confronté à ce risque de perte de clientèle et pourra dès lors également se poser la question de la viabilité de son activité sur ce marché.

PROXIMUS pourra agir sur les frais de départ d'appel fixe pour récupérer le « service provider » qui délaisserait l'opérateur concurrent confronté au dilemme décrit ci-dessus, notamment en raison du fait qu'en l'absence de régulation *ex ante*, il sera autorisé de discriminer entre ses prestations à lui-même et à des tiers. Cette situation sera dès lors néfaste pour le consommateur ainsi que pour la concurrence. Cette situation diminuera l'offre disponible pour le consommateur et le contrepoids que pourra offrir un concurrent. Cette situation favorise un opérateur comme PROXIMUS et réduit voire élimine la possibilité de concurrence par d'autres opérateurs.

44. Les remèdes *ex post* décrits au chapitre 12 de la Décision du 7 décembre 2018 ne permettent pas de prévenir ce risque. Ces remèdes ne sont pas immédiats mais nécessitent au contraire de suivre des procédures spécifiques. En tout état de cause, ces remèdes ne sont pas dissuasifs. Les risques de sanctions éventuelles auxquels un opérateur qui augmenterait ses tarifs ou créerait un obstacle pour la fourniture des services VAS demeurent limités. L'expérience de la dérégulation des tarifs de départ d'appel mobiles enseigne que les opérateurs mobiles n'ont ainsi été contraints que de participer à une conciliation organisée par l'IBPT, plusieurs mois après que les premières difficultés ne soient survenues¹⁰². Cette conciliation leur a permis, en définitive, d'obtenir une augmentation effective de leur tarif au détriment des autres parties.
45. La Décision du 7 décembre 2018 possède un effet contre-productif. Elle contrevient aux objectifs énoncés à l'article 8.5., c), de la Directive Cadre et des articles 6, 2°, 8, 2°, et 8/1, § 1^{er}, b), et c), de la LCE.

Pour ces raisons, il y a lieu d'annuler la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018. L'annulation doit porter sur la partie de cette dernière décision, relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

I. VIOLATION DU DEVOIR DE TRANSPARENCE ET D'IMPARTIALITE (HUITIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)

46. Lors de la consultation publique, suite à la publication du projet de décision, la concluante avait fait part à l'IBPT de sa plus grande préoccupation quant à la proposition de l'IBPT de se référer uniquement aux offres de gros de PROXIMUS.

« 3STARSNET est très préoccupée par le fait que l'IBPT, en incluant dans son projet de décision des propositions de modification des offres de référence de gros de PROXIMUS, que l'IBPT pourrait avoir négocié bilatéralement avec PROXIMUS, avant la consultation publique, des addenda

¹⁰² Voir supra. Voy. également Décision du 7 décembre 2018, §§ 365-366.

aux offres de référence en gros de PROXIMUS, et des engagements réglementaires connexes au-delà des dates proposées de dérégulation, sans impliquer de preneurs d'accès. » (**pièce 3**)

La crainte de la concluante tenait au fait que l'IBPT pouvait avoir déjà négocié avec l'opérateur dominant sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques des conditions spécifiques, sans prendre l'avis des autres parties concernées et soumettre ses discussions avec PROXIMUS à la contradiction des autres parties concernées.

Cette crainte n'a pas été levée par l'IBPT. La Décision du 7 décembre 2018 ne fournit aucun élément de réponse. La Décision du 7 décembre 2018 n'explique pas dans quel contexte ni pour quelle raison l'IBPT a pu obtenir l'engagement « unilatéral » ou « spontané » de PROXIMUS de maintenir son offre actuelle jusqu'au 31 décembre 2019. L'IBPT n'explique pas davantage la ou les raisons pour lesquelles l'IBPT a pu obtenir de PROXIMUS que celle-ci rajoute, à son offre initiale qui ne concernait que les numéros CS/CPS, un volet relatif aux numéros VAS¹⁰³. Le dossier de l'IBPT ne contient aucune description des contacts entre l'IBPT et PROXIMUS, entre la publication du Projet de Décision, en décembre 2017, et l'adoption de la Décision du 7 décembre 2018.

Il n'est donc pas exclu que l'IBPT ait négocié séparément avec PROXIMUS certains aspects qui ont échappé aux autres parties concernées ou ait obtenu cet engagement unilatéral en contrepartie d'autres éléments. Il en va d'autant plus ainsi que PROXIMUS est une société commerciale qui est, jusqu'à preuve du contraire, animée du but de lucre. Rien n'est jamais gratuit et certainement pas un engagement « spontané » d'un opérateur économique.

Le 31 décembre 2019 est désormais très proche. L'engagement présumé de PROXIMUS est dès lors d'une durée presque futile en pratique et ne respecte ni le cycle d'analyses de marché dans le cadre européen existant à l'époque de l'adoption de la Décision Attaquée (cycle de 3 ans) ni le cycle d'analyse de marché prévu dans le nouveau cadre institué par le CCEE (cycle de 5 ans). En réalité, la décision de l'IBPT dérégule le marché et permet à PROXIMUS (l'opérateur que l'IBPT reconnaît comme étant dominant) de dicter les conditions futures du marché pertinent, sans s'inquiéter de l'impact sur le consommateur et sur la concurrence.

Ce faisant, l'IBPT apparaît avoir violé les principes généraux de droit et de bonne administration de transparence et d'impartialité¹⁰⁴. La concluante tient à rappeler que la seule apparence de partialité suffit¹⁰⁵. Tout doute de partialité ou de parti pris doit être exclu¹⁰⁶.

Pour ces raisons, il y a lieu d'annuler la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018. L'annulation doit porter sur la partie de cette dernière décision, relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

PAR CES MOTIFS,

Sous toutes réserves généralement quelconques et sous dénégation de tous faits non expressément reconnus,

PLAISE A LA COUR DE CEANS,

¹⁰³ Voir Décision du 7 décembre 2018, § 444.

¹⁰⁴ Pour un exemple d'application : C.E. (10e ch.) n° 235.392, 7 juillet 2016 (Luc Orye / Stad Hasselt), *Limb. Rechtsl.* 2017, liv. 1, 63; *C.D.P.K.* 2017 (sommaire), liv. 4, 743 et 744; <http://www.raadvst-consetat.be> (10 mars 2017); *R.W.* 2017-18 (sommaire), liv. 2, 62 et <http://www.rw.be/> (13 septembre 2017); *T.R.O.S.* 2017, liv. 86, 134, note VERBIST, S. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat a sanctionné une administration qui avait adopté une autorisation alors qu'elle avait déjà contracté certains engagements relatifs au contenu de cette autorisation.

¹⁰⁵ C.E. (8e ch.) n° 237.908, 6 avril 2017 (Knockaert Michel / la commune de Watermael-Boitsfort), *A.P.T.* 2017 (sommaire), liv. 4, 412; *C.D.P.K.* 2017 (sommaire), liv. 1-2, 249, note -; *Rev. dr. commun.* 2017 (sommaire VANHAEVERBEEK, J., DELANNAY, G.), liv. 3, 39; <http://www.raadvst-consetat.be> (28 septembre 2017).

¹⁰⁶ Cass., 9 janvier 2002.

- Déclarer la présente requête recevable et fondée ;
- Ce fait :
 - o A titre principal : annuler la Décision Attaquée du 9 juillet 2019 en toutes ses dispositions ;
 - o A titre subsidiaire : annuler partiellement la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018 et qu'elle dérégule le marché de gros de départ d'appel vers des numéros non géographiques sur le réseau téléphonique public fixe ;
- En tout état de cause : condamner l'IBPT aux frais et aux dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure égale à 1.440,00 € ;

Bruxelles, le 20 septembre 2019.

Pour la S.A. 3STARSNET,
Son conseil,
Marc LOVENIERS
(marc.loveniers@d-lawfirm.be)

Annexe : inventaire des pièces

Marc Loveniers
Avocat
132, boulevard Brand Whitlock
1200 BRUXELLES

INVENTAIRE DES PIECES

En cause de la S.A. 3STARSNET / IBPT

1. Décision du Conseil de l'IBPT du 7 décembre 2018 – relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée
- 1 bis. Décision Attaquée - Décision du Conseil de l'IBPT du 9 juillet 2019 portant réfection de la décision du Conseil de l'IBPT du 7 décembre 2018 relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée
2. Projet de Décision du Conseil de l'IBPT – Décision relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée
3. Observations de la S.A. 3STARSNET
4. Décision du 11 août 2006 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « Téléphonie Fixe »
5. Décision du 31 janvier 2013 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le Marché 1 de la liste de la Recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007
6. Procès-verbal de la réunion du Conseil de l'IBPT du 14 novembre 2018
7. Formulaire de notification – Summary Notification Form « Market M1M2 »
8. Décision n° 2007-0213 de l'ARCEP (ARN française) en date du 16 avril 2007 portant sur les obligations imposées aux opérateurs qui contrôlent l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des communications à destination des services à valeur ajoutée
9. Avis 08-A-03 du 31 mars 2008 de l'Autorité de la Concurrence française relatif au fonctionnement des services téléphoniques à valeur ajoutée
10. Recommandation de mars 2014 de l'ARCEP – Le marché de gros de l'interconnexion SVA

11. Avis n° 17-A-14 du 25 octobre 2017 de l'Autorité de la Concurrence française relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur l'analyse des marchés de l'accès au service téléphonique pour la clientèle non résidentielle et du départ d'appel en position déterminée pour la période 2017-2020
12. Avis du 14 décembre 2017 de la Commission européenne (ARCEP) - Affaire FR/2017/2038: accès au réseau téléphonique public en position déterminée en France Affaire FR/2017/2039: marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée en France
13. Rapport Analysis Mason pour l'OfCom (ARN britannique), "The use of non-geographic numbers by service providers"
14. Rapport du 11 mars 2011 de l'ACM (ARN néerlandaise), "Buying power for the purchase of call Origination to 0800 numbers"
15. Rapport de l'ORECE du 11 juillet 2012 – « Report on Special Rate Services »
16. Rapport du 3 décembre 2018 de ComReg (ARN irlandaise), « Review of Non-Geographic Numbers »
17. ComReg, Rapport de DETECON, « A price control for regulation of wholesales charges for non-geographic numbers », 13 mai 2019
18. ComReg, Projet de décision du 22 mai 2019, Response to Consultation, Further Consultation and Draft Decision – Access to Non-Geographic Numbers :Imposition of price control and transparency obligations.